

Skranker for foreldres publisering av barns personopplysninger på internett



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 747
Leveringsfrist: 26. april 2010

Til sammen 17994 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Kilder og metode	2
1.3	Typeeksempler.....	3
1.4	Utgangspunktene i personvernretten	5
1.4.1	Generelt.....	5
1.4.2	Grunnleggende terminologi	6
1.4.3	Juridisk utgangspunkt	7
1.5	Utgangspunktene i barneretten	8
2	Barns rett til personvern etter internasjonal rett.....	10
2.1	Generelt	10
2.2	EMK	10
2.2.1	Innledning og metode.....	10
2.2.2	Barn som rettighetssubjekt i EMK	11
2.2.3	Artikkel 8.....	12
2.3	FN-konvensjonene	17
2.3.1	Kilder og metode.....	17
2.3.2	Barns personvern etter FN-konvensjonene.....	20
3	Barns rett til personvern etter personopplysningsloven	24
3.1	Generelt	24
3.2	Personopplysningslovens saklige virkeområde.....	25
3.3	Forholdet til ytringsfriheten.....	28
3.4	Hovedregelen for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven.....	30
3.5	Hvem har samtykkekompetanse?	32
3.5.1	Vergemål eller foreldreansvar?.....	32
3.5.2	Begrensningene i foreldreansvaret	34
3.5.2.1	Barnets selvbestemmelsesrett.....	35
3.5.2.2	Barnets medbestemmelsesrett.....	36

3.5.2.3	Gyldigheten av foreldrenes samtykke	39
3.5.3	Sensitive personopplysninger.....	40
4	Barns personvern etter straffeloven.....	43
4.1	Generelt	43
4.2	Gjeldene rett – straffeloven § 390	43
4.2.1	Innledning.....	43
4.2.2	”Private og huslige forhold”	44
4.2.3	”Krenke privatlivets fred”	47
4.2.4	Offentlig meddelelse.....	51
4.3	Straffeloven 2005 § 267	54
5	Barns personvern etter åndsverksloven § 45c.....	57
5.1	Innledning.....	57
5.2	Beskyttelsen av den avbildede.....	57
6	Kort om det prosessuelle	59
6.1	På personvernlovens område	59
6.2	Strafferettslig	60
7	Avsluttende bemerkninger	61
8	Litteraturliste.....	63

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Med den nye teknologien er det blitt mye enklere å dele informasjon med andre. Internett åpner uttallige muligheter for enkeltpersoner til å publisere og dele ulike typer av informasjon med et begrenset eller ubegrenset antall personer. I følge Datatilsynet er personopplysninger en av datatypene som vokser raskest på internett de siste årene.¹ I tillegg til de tradisjonelle mediene har det vokst frem et vell av private internettsider og tjenester hvor enkeltpersoner publiserer bilder og andre opplysninger både om seg selv og om andre. Eksempler på dette er blogger, Facebook, private hjemmesider og lignende. ”Internettrevolusjonen” har brakt med seg mye positivt for mange. Det er imidlertid noen sider som kan betraktes som problematiske.

I denne avhandlingen skal jeg se nærmere på enkelte problemstillinger knyttet til foreldres publisering av egne barns personopplysninger på internett. Slik publisering reiser særlige problemer knyttet til forholdet mellom foreldrenes rett til ytringsfrihet, familieliv og adgangen til å ta avgjørelser på vegne av barna på den ene siden, og barns selvstendige rett til personvern på den andre siden. Det er ikke gitt hvilke regelsett som kommer til anvendelse på slik publisering. Det er heller ikke gitt hva slags publisering som er tillatt og hva som ikke er det. Sentralt i oppgaven blir dermed en rettslig vurdering av ulike typer av slik publisering foretatt av foreldre, fra ”skrytebilder” på Facebook og bildesider for en begrenset krets og til bildesider som er beregnet for en begrenset krets, men som ligger åpen for allmennheten. Videre ønsker jeg å se nærmere på såkalte ”aksjonssider” hvor foreldre som er i konflikt med barnevernet, publiserer personopplysninger om barna sine

¹ http://www.dubestemmer.no/no/Jeg_er_13-17_ar/Du_har_krav_pa_a_vare_i_fred/Litt_av_hvert/

for å fremme sin sak. Til slutt ønsker jeg å se på en tilsvarende aksjonsside hvor det er foreldre som er i konflikt med hverandre. Alle disse forskjellige formene for publisering har det vært økende oppmerksomhet rundt. I personvernutredningen NOU 2009: 1 ”Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet”, er det et eget kapittel om barn og unges personvern, hvor problemstillinger knyttet til foreldres publisering av barns personopplysninger på internett blir reist og drøftet. Videre har det vært flere medieoppslag våren 2010 om aksjonssider hvor foreldre publiserer svært sensitiv informasjon om barna sine på internett. Denne problemstillingen ble også påpekt av FNs barnekomité i dens sluttrapport til Norge som kom i januar 2010.

1.2 Kilder og metode

I denne avhandlingen bruker jeg rettsdogmatisk metode, med noen rettspolitiske betraktninger. Oppgaven omhandler personvernrettslige, barnerettslige og strafferettslige spørsmål. Området er lovregulert og tolking av blant annet personopplysningsloven,² barneloven,³ vergemålsloven,⁴ åndsverksloven⁵ og straffeloven⁶ vil derfor stå som det mest sentrale. Temaet ligger innenfor et felt hvor det er vært stor internasjonal påvirkning av lovverket fra blant annet Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen,⁷ FNs Barnekonvensjon⁸ og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.⁹ Disse konvensjonene er gjort til norsk rett med forrang foran vanlig lov, jfr. menneskerettighetsloven § 3.¹⁰ Ut over å komme direkte til anvendelse, vil konvensjonene også være viktige tolkingsmomenter ved tolkingen av de andre lovbestemmelsene. Ved

² lov 14. april 2000 nr. 41 om behandling av personopplysninger (pol)

³ lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl)

⁴ lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige (vgml)

⁵ lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åvl)

⁶ lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (strl)

⁷ I det følgende EMK

⁸ I det følgende BK eller Barnekonvensjonen

⁹ I det følgende SP

¹⁰ lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

fastsettelsen av innholdet i disse konvensjonene vil rettspraksis fra EMD ved tolking av EMK og uttalelser fra Barnekomiteen og Menneskerettighetskomiteen ved tolking av FN-konvensjonene være sentrale rettskilder.¹¹

Personopplysningsloven bygger på et EU-direktiv,¹² dermed vil direktivet og rettspraksis fra EF-domstolene være viktige kilder ved tolkingene av de ulike lovbestemmelsene. Også avgjørelser fra Personvernemnda vil ofte være relevant ved tolkingen av personopplysningsloven, selv om avgjørelsen ikke har like sterk rettskildemessig verdi som for eksempel domstolsavgjørelser.

Ellers benytter jeg flere Høyesterettsdommer, lovforarbeider og juridisk litteratur både fra inn- og utland ved tolking av de relevante lovbestemmelsene. Der det er nødvendig for oppgaven vil jeg komme med rettskildemessige betraktninger underveis.

1.3 Typeeksempler

Som nevnt i kapittel 1.1 ønsker jeg å se nærmere på ulike former for foreldres publisering av personopplysninger om barna sine på internett. I gjennomgåelsen av de ulike regelsettene synes det formålstjenlig å vurdere dem opp mot ulike typeeksempler på slik publisering. I det følgende stiller jeg opp noen eksempler som går fra det de fleste vil anse som akseptabelt ut ifra en etisk synsvinkel, til det flere vil finne problematisk ut ifra den samme synsvinkelen. Eksempelene er konstruert, men er inspirert av atferd som har vært omtalt i NOU 2009: 1,¹³ i Barneombudets høringsuttalelse til denne utredningen¹⁴ og i ulike medieoppslag.¹⁵ Jeg har valgt å bruke konstruerte eksempler av flere årsaker. Det kan

¹¹ EMK behandles nærmere i kapittel 2.2. FN-konvensjonene behandles nærmere i kapittel 2.3.

¹² 95/46/EF

¹³ Se NOU 2009:1 kapittel 14.3.5

¹⁴ <http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2009/horingssval1/>

¹⁵ F.eks. <http://www.vg.no/teknologi/artikkel.php?artid=514701>

oppfattes som krenkende å få sine disposisjoner på internett inngående vurdert på en slik måte som denne avhandlingen krever. I de tilfellene hvor publiseringen også kan være problematisk både juridisk og etisk, kan dessuten ytterligere oppmerksomhet om tilfellet være en ekstra belastning for barnet.

Eksempel A

Foreldre oppretter et digitalt fotoalbum hvor de laster opp bilder og tekst om barna sine. For å få tilgang til dette fotoalbumet må man ha brukernavn og passord. Foreldrene gir dette til den nærmeste kretsen av familie og venner. Innholdsmessig er dette fotoalbumet likt de fleste familiealbum man har i bokhyllen.

Eksempel B

Foreldre publiserer bilder og tekst om barnet sitt på sin Facebook-profil. Opplysningene er tilgjengelige for alle foreldrenes ”venner” på siden. Foreldrenes ”venner” er en større gruppe mennesker enn deres daglige omgangskrets. Opplysningene som publiseres er hentet fra dagliglivet, og kan omfatte bilder av barnet i lek, skryt av barnets idrettsprestasjoner, opplysninger om at barnet har fått influensa og lignende.

Eksempel C

Foreldre oppretter en blogg hvor de publiserer tekst og bilder om hverdagen til seg selv og barnet. Bloggen er tilgjengelig for alle. Opplysningene som blir publisert er hentet fra alle sider av dagliglivet. Eksempler kan være dagens middag, fritidsaktiviteter, forkjølelser, skoleavslutninger.

Eksempel D

Foreldre som av barnevernet har blitt fratatt den daglige omsorgen for barnet sitt¹⁶, publiserer video fra når barnet blir hentet fra hjemmet på nettstedet YouTube. Dette blir

¹⁶ Omsorgsovertakelse reguleres av lov 17.juli 1992 nr.100 om barneverntjenester (barnevernsloven eller bvl.) kapittel 4. Se særlig § 4-12

gjort for å vise barnets reaksjon på barnevernets beslutning. Videoene er tilgjengelige for alle. Barnet kan gjenkjennes.

Eksempel E

Foreldre som av barnevernet er fratatt den daglige omsorgen for barnet¹⁷ oppretter egen internettside. Den er tilgjengelig for alle. På siden publiserer foreldrene informasjon om deres konflikt med barnevernet, inkludert informasjon om barnets fosterfamilie. For å samle støtte til egen sak publiserer de alle dokumentene i barnets ”mappe” inkludert sakkyndige rapporter om barnets fysiske og psykiske helse.

Eksempel F

En forelder som er i konflikt med den andre forelderens i en barnefordelingssak har opprettet en egen nettside for å få frem ”sin side av saken”. På nettsiden publiseres beskyldninger om den andre forelderens omsorgsevne. Det blir fremsatt påstander om barnets relasjon til den andre forelderens.

1.4 Utgangspunktene i personvernretten

1.4.1 Generelt

Personvernreglene har til formål å beskytte individers psykiske integritet.¹⁸ Personvern omtales som et ideal følgelig ikke kan oppfylles fullt ut, men som må avveies mot andre idealer og interesser.¹⁹ Ytringsfrihet og hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse er to eksempler på slike motstående idealer. Hovedloven på personvernområdet er Personopplysningsloven er hovedloven på personvernområdet. Det er også andre spredte bestemmelser i lovverket som regulerer personvern; for eksempel reglene om taushetsplikt i helselovgivningen, eller mer aktuelt for avhandlingens tema, åndsverkslovens regler om

¹⁷ Etter bvl. §4-12

¹⁸ Johansen m.fl. (2001) side 21

¹⁹ Schartum og Bygrave (2003) side 32

rett til eget bilde og straffelovens regler om privatlivets fred. Straffelovens bestemmelse anses som den første personvernbestemmelsen i Norge.²⁰

1.4.2 Grunnleggende terminologi

Et av hovedbegrepene i avhandlingen er begrepet ”personopplysning”. Dette er i personopplysningsloven § 2 nr 1 definert som ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”. Det fremkommer av forarbeidene at definisjonen skal forstås på samme måte som i EUs Personverndirektiv, som personopplysningsloven bygger på.²¹ Som eksempler på opplysninger og vurderinger som omfattes av § 2 nr 1 nevner forarbeidene opplysninger som foreligger i form av bilde, personens stemme, fingeravtrykk, genetiske kjennetegn.²² Det er ikke nødvendig at opplysningene skal foreligge i tekst, også opplysninger som foreligger for eksempel i form av bilder omfattes.

For at en opplysning skal være en personopplysning i lovens forstand, er det avgjørende at opplysningen kan knyttes til en enkeltperson. For denne avhandlingen er det tilstrekkelig å konstatere at alle fysiske personer, også barn, omfattes av begrepet ”enkeltpersoner”.²³ Etter dette gjenstår en vurdering av hva som skal til for at opplysningen skal anses for å være knyttet til en enkeltperson. Både direkte og indirekte identifisering er omfattet. I vurderingen av om det er mulig å identifisere vedkommende, skal alle hjelpemidler det er grunn til å tro at noen kan ta i bruk tas i betraktning, se direktivets fortale punkt 26.²⁴ Dette har særlig betydning for behandling av personopplysninger i forskningsformål hvor det benyttes løpenummer i stedet for navn og lignende.²⁵ For avhandlingens tema er det tilstrekkelig å slå fast at tilknytningskravet er nokså vidt, og at mesteparten av de opplysningene som foreldre publiserer om barna sine må anses å være personopplysninger i

²⁰ Jon Bing i *Til forsvar for personvernet* (2010) side 25

²¹ Jfr. Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 101

²² Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 101

²³ Johansen m.fl. (2001) side 69

²⁴ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 101 og Johansen m.fl. (2001) side 68

²⁵ Johansen m.fl. (2002) side 68

lovens forstand. Dette gjelder med mindre opplysningene er anonymisert på en måte som gjør at det ikke er mulig å tilbakeføre opplysningene til det aktuelle barnet. Det må antas at selv om barnet ikke blir omtalt med fullt navn eller bilde vil det kunne bli identifisert indirekte gjennom sine foreldre.

Personopplysningsloven gjelder for ”behandling” av personopplysninger. Dette er i personopplysningsloven § 2 nr 2 definert som ”enhver bruk av personopplysninger”. Som eksempler på bruk lister bestemmelsen opp ”innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter”. ”Behandling” er dermed gitt en bred betydning, og det er klart at publisering på internett faller inn under flere av de nevnte bruksmåtene.

I personopplysningsloven blir ofte begrepet ”den registrerte” brukt. Etter personopplysningsloven § 2 nr 6 er dette den personen den aktuelle personopplysningen kan knyttes til. I åndsverksloven brukes den avbildede som da er den som figurer på fotografiet.

1.4.3 Juridisk utgangspunkt

Hovedregelen for behandling av personopplysninger er at den registrerte må samtykke til behandlingen jfr. personopplysningsloven § 8. Slik er det også etter åndsverksloven § 45c om bruk av fotografi av person. I begge tilfeller er det alternative vilkår som kan hjemle bruken av personopplysningene, men for avhandlingens tema er et samtykke som ofte er den mest aktuelle hjemmelen. Kravet til samtykke, herunder hvem som kan samtykke på vegne av barn, drøftes nedenfor i kapittel 3.5.

1.5 Utgangspunktene i barneretten

I denne avhandlingen er det særlig foreldreansvaret, vergemålet og skranker for disse som er de sentrale barnerettslige temaene. Foreldreansvaret er regulert i barneloven og vergemålet i vergemålsloven.²⁶

Med ”barn” menes individer under myndighetsalderen på 18 år jfr. vergemålsloven § 1. Denne forståelsen av barnebegrepet ligger i all hovedsak til grunn for den nasjonale lovgivningen²⁷ og i FNs barnekonvensjon.²⁸

Det juridiske utgangspunktet i barneretten er at den eller de som har foreldreansvaret for barnet har rett og plikt til å ta avgjørelser for barna sine i personlige forhold, jfr. barneloven § 30, og at den eller de som er verger for barnet har rett og plikt til å ta avgjørelser vedrørende økonomiske og juridiske forhold, jfr. vergemålsloven § 38 jfr. § 2.

Barneloven §§ 34 og 35 regulerer hvem som innehar foreldreansvaret. Gifte og samboende²⁹ foreldre har felles foreldreansvar. Dersom foreldrene ikke er gifte eller samboende, har moren som hovedregel foreldreansvaret alene jfr. § 35 første ledd. Foreldrene kan imidlertid avtale en annen ordning etter § 35 tredje ledd. Jeg går ikke nærmere inn på reglene om hvem som innehar foreldreansvaret.

Foreldres bestemmelsesrett etter barneloven § 30 er ikke absolutt. Det er for det første fastslått i § 30 første ledd, siste setning at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov. Denne presiseringen viser at bestemmelsesretten ikke er gitt foreldrene for deres skyld.³⁰ Det må ha betydning for fastleggelsen av innholdet i

²⁶ Det er vedtatt ny vergemålslov: lov 26. mars 2010 nr. 9. Den er ennå ikke trådd i kraft

²⁷ Smith og Lødrup (2006) side 23-24

²⁸ Barnekonvensjonen artikkel 1

²⁹ Som oppfyller kravene etter bl. § 39

³⁰ Sandberg i Gyldendals rettsdata note 71 til barneloven

bestemmelsesretten.³¹ Videre ligger det en begrensning i barnas gradvise medbestemmelsesrett etter barneloven § 31 og Barnekonvensjonen artikkel 12 og barnets gradevise selvbestemmelsesrett etter barneloven § 33.

Etter vergemålsloven § 2 at umyndige ikke kan ”råde over sine midler eller binde sig ved rettshandel, medmindre annet er særlig bestemt”. I følge vergemålsloven § 38 er det vergen som har kompetanse i slike saker. Det hender også at vergen tillegges kompetanse i særlovgivningen i spørsmål som ikke direkte kan anses for å falle inn under den tematiske kompetansegivningen i vergemålsloven.³²

Hovedregelen etter vergemålsloven § 3 er at vergen er den eller de som innehar foreldreansvaret etter barneloven. I utgangspunktet er derfor kompetansen etter barneloven og vergemålsloven som regel tillagt de samme personene.³³ Skillet er imidlertid ikke helt uten betydning, da for eksempel reglene barns selvbestemmelsesrett etter vergemålsloven er smalere enn etter barneloven. Barns medbestemmelsesrett følger av vergemålsloven § 40 og BK artikkel 12. I personlige forhold, som er det som er aktuelt for avhandlingens tema, følger medbestemmelsesretten reglene i barneloven § 31. i En annen faktor er overformynderiet.

Dersom den umyndige er uenig i vergens avgjørelse, kan den bringes inn for overformynderiet, jfr. § 40 siste ledd. Det er ingen aldersgrense knyttet til denne klageregelen. Overformynderiet står ved en klage fritt ved prøvelsen av vergens avgjørelse.³⁴ I følge Backers kommentar til barneloven må det antas at klagereglene også gjelder for kompetansen som særlovgivningen tillegger vergen.³⁵ Dette spørsmålet er

³¹ Smith og Lødrup (2006) side 108

³² Backer (2008) side 237

³³ Med mindre forelder selv er mindreårig, jfr. vgml. §3 andre ledd.

³⁴ Lødrup m.fl. (2008) side 216

³⁵ Backer (2008) side 250

imidlertid ikke behandlet i kommentaren til vergemålsloven.³⁶ Jeg har heller ikke funnet noe tilsvarende andre steder. Skal overformynderiet ha kompetanse til å overprøve vergens beslutning kreves det imidlertid hjemmel jfr. legalitetsprinsippet.

For avhandlingen innebærer foreldres bestemmelsesrett etter barneloven og vergemålsloven, at foreldre har en rett og en plikt til å vurdere om det skal gis et samtykke til behandling av personopplysninger om barnet jfr. kapittel 1.4.3. Denne samtykkekompetansen må imidlertid begrenses av de reglene som det er referert til over. Det nærmere innholdet i denne aktuelle samtykkekompetansen og dens begrensning vil bli nærmere vurdert i kapittel 3.5.

2 Barns rett til personvern etter internasjonal rett

2.1 Generelt

Norge har tiltrådt flere konvensjoner som man må se nærmere på når man skal vurdere barns rett til personvern etter internasjonal rett. I det følgende skal jeg se nærmere på de tre konvensjonene som er mest aktuelle for denne avhandlingen. Dette er EMK og to FN-konvensjoner: BK og SP. De to FN-konvensjonene vil bli behandlet samlet. Alle konvensjonene er gjort til norsk internrett gjennom menneskerettighetsloven. De er videre gitt forrang ved en eventuell motstrid mellom konvensjonene og andre lovbestemmelser, jfr. menneskerettighetsloven § 3.

2.2 EMK

2.2.1 Innledning og metode

EMK er både en del av den norske internretten og en internasjonal konvensjon med en tilknyttet domstol. Dommene fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD)

³⁶ Lødrup m.fl. (2008) side 216

er rettslig bindene for sakens parter, jfr. artikkel 46. Etter artikkel 30 er ikke domstolen bundet av sine tidligere avgjørelser, da artikkelen foreskriver storkammer i de tilfellene en avgjørelse kan få et resultat som er uforenelig med tidligere dommer. Ved tolkingen av konvensjonen legger imidlertid EMD i praksis stor vekt på tidligere avgjørelser,³⁷ og dommer er dermed den viktigste rettskilden ved siden av konvensjonsteksten for fastsettelse av innholdet i de ulike rettighetene.³⁸

EMD tolker konvensjonen dynamisk og innholdet i de forskjellige rettighetene er dermed i stadig utvikling.³⁹ Etter EMK har konvensjonspartene en varierende skjønnsmargin ved tolkingen av konvensjonen og valg av oppfyllingsmåte. Dette kommer av EMDs ”subsidiaritet”, slik at det er først og fremst konvensjonspartene som skal sørge for oppfyllelse av konvensjonen i sitt land. Det er også derfor en sak kun kan bringes inn for EMD etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, jfr. artikkel 35. De nasjonale myndigheter står i flere saker fritt til å velge de tiltak som de mener er hensiktsmessig.⁴⁰ Dette omtales ofte som statenes skjønnsmargin.

2.2.2 Barn som rettighetssubjekt i EMK

Konvensjonspartene plikter å sikre rettighetene i denne konvensjonen til ”enhver innen sitt myndighetsområde”, jfr. artikkel 1. Dette innebærer at også barn er rettighetssubjekter etter konvensjonen, og at barn som hovedregel skal ha samme beskyttelse som voksne. Innholdet i rettighetene for barn vil imidlertid kunne være relativt i forhold til rettighetens relevans, og barnets alder og modenhet.⁴¹

³⁷ Frøberg (2007) side 177-178 med henvisning til Christine Goodwin mot Storbritannia 2002 saksnummer 28957/95 avsnitt 74

³⁸ Høstmmælingen (2003) side 92

³⁹ Tyrer mot Storbritannia 1978 saksnummer 5856/72 avsnitt 31

⁴⁰ Handyside mot Storbritannia 1976 avsnitt 48 og 49 med henvisning til den Belgiske språksaken 23. juli 1968 seksjon B avsnitt 10

⁴¹ Einarsen i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (2008) side 17

2.2.3 Artikkel 8

Den aktuelle bestemmelsen for personvern i EMK er artikkel 8, som blant annet gjelder respekt for privatlivet. Den lyder som følger i den offisielle engelske versjonen:

”Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

Artikkel 8 har et bredt nedslagsfelt, og som det følger av ordlyden, regulerer den mer enn personvern slik dette er beskrevet i avhandlingens kapitel 1.4.1. I tillegg til å beskytte den personlige integritet generelt, er også retten til familieliv beskyttet etter artikkelen. For avhandlingens tema, er det personvernbeskyttelsen som er mest aktuell og følgelig den jeg kommer til å konsentrere meg om. Det kan reises spørsmål om foreldres publisering av informasjon må anses som en del av familielivet som dermed også er beskyttet av samme bestemmelse. Dette vil bli nærmere problematisert i det følgende.

Ved fastsettelsen av innholdet i personvernbeskyttelsen etter denne artikkelen og statenes forpliktelser i så hensende, vil det være aktuelt å se på dommer som ikke direkte omhandler personvernovertramp da også disse kan kaste lys over statsforpliktelsene innenfor dette området.

Hovedforpliktelsen for statene etter artikkel 8 er å beskytte borgerne mot vilkårlig innblanding i privat- og familielivet fra offentlige myndigheter, en såkalt negativ forpliktelse. Dette betyr at statene plikter å avstå fra vilkårlig å gripe inn i rettighetene etter bestemmelsen. Dette følger av ordlyden i annet ledd.

Gjennom dynamisk tolking har EMD utvidet rekkevidden av bestemmelsen til i mange tilfeller også å omfatte en positiv forpliktelse.⁴² I dette ligger det at statene er forpliktet til

⁴² Hedlund i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (2008) side 38

å ta positive skritt for å sikre borgerne mot overgrep fra ikke-statlige aktører. Staten er med andre ord forpliktet til å sikre borgerne mot ”artikkel-8 overgrep” både fra av staten og av andre.⁴³ Dette kan gjøres gjennom regelverk, etterforskningsmidler og lignende. Utvidelsen følger blant annet av *Marckx mot Belgia* fra 1979 avsnitt 31,⁴⁴ hvor det fastslås at det i tillegg til hovedforpliktelsen etter ordlyden, kan foreligge en positiv forpliktelse for statene. Det samme følger av *Airey mot Irland* avsnitt 32 fra samme år.⁴⁵ Hvordan statene velger å følge opp den positive forpliktelsen de har etter artikkel 8 faller i prinsippet inn under deres skjønnsmargin. Statene kan benytte både sivilrettslige og strafferettslige virkemidler for å sikre at borgerne får den beskyttelse de etter bestemmelsen har krav på. Dette følger av *X og Y mot Nederland* fra 1985 avsnitt 24.⁴⁶ Det er imidlertid situasjoner hvor overgrepets alvorlighetsgrad begrenser denne skjønnsmarginen, og en bestemt beskyttelsesform og minstestandard er påkrevd. Dette følger av samme dom. I denne saken var en 16 år gammel psykisk utviklingshemmet jente blitt voldtatt på en pleieinstitusjon. Etter regelverket i Nederland hadde hun ingen mulighet for å få anmeldt overgrepet, dermed sto hun i praksis uten mulighet til å få forfulgt overgrepet strafferettslig. EMD uttalte i avsnitt 27 at det i slike saker ikke er tilstrekkelig med et sivilrettslig vern for å sikre hennes rettigheter etter artikkel 8.

En nyere sak som også kan gi videre veiledning i innholdet av den positive forpliktelsen etter artikkel 8, er fra 2008 og gjelder personvernovergrep mot barn på internett. I saken *K.U mot Finland*⁴⁷ hadde en 12 år gammel gutt opplevd at ukjente personer publiserte en kontaktannonse på en ”sjekke-side” på internett. Annonsen inneholdt en detaljert beskrivelse av utseende og alder, i tillegg til telefonnummeret – med ett siffer byttet ut. Videre var det en lenke til guttens ekte private hjemmeside hvor det var bilde av ham. Det

⁴³ Møse m.fl. i Gyldendals rettsdata note 68 til EMK art 8

⁴⁴ Saksnummer 6833/74

⁴⁵ Saksnummer 6289/73

⁴⁶ Saksnummer 8978/80

⁴⁷ Saksnummer 2872/02

fremgikk av annonsen at han var ute etter et seksuelt forhold med gutter på hans alder eller eldre.

I følge den daværende finske lovgivningen var det ikke mulig for gutten eller politiet å få utlevert identiteten til innehaverne av ip-adressene som hadde opprettet siden. Videre gikk eierne av serveren der annonsen var publisert fri på grunn av foreldelse.

I vurderingen av om dette innebar en krenkelse av guttens rett til privatliv etter artikkel 8, la EMD vekt på statenes positive forpliktelser slik dette kommer til uttrykk i de tidligere nevnte dommene. Selv om saken ikke hadde samme alvorlighetsgrad som *X og Y mot Nederland*, var saken så alvorlig at statenes skjønnsmargin måtte begrenses i valg av beskyttelsesmetode.⁴⁸ Ærekrenkelseslovgivningen i Finland var ikke tilstrekkelig, i og med at man ikke kunne identifisere overgriperne. Det var heller ikke tilstrekkelig at det var mulig å straffeforfølge eieren av serveren der annonsen lå for medvirkning, fordi dette ikke hadde noen allmennpreventiv effekt overfor de som faktisk hadde publisert annonsen og som følgelig var ”hovedmenn”. EMD konkluderte med at barn og andre sårbare grupper har et særskilt beskyttelsesbehov som må sikres gjennom straffelovgivningen. Domstolen pekte videre på at når personvernovergrepet kan utsette barnet for fare for seksuelle overgrep utvides forpliktelsen til også å gjelde etterforskningen og straffeforfølgelsen.⁴⁹

Som rettspraksisen i drøftelsen over viser, er det mye som omfattes av privatlivsbeskyttelsen i artikkel 8. For denne avhandlingen er det tilstrekkelig å se nærmere på hvilken beskyttelse som gjelder for utlevering av private eller personlige opplysninger.

*von Hannover mot Tyskland*⁵⁰ fra 2004 er en særlig viktig dom i så henseende. Saken gjaldt tyske magasiners publisering av ulike paparazzibilder av Prinsesse Caroline av

⁴⁸ K.U. mot Finland avsnitt 45

⁴⁹ K.U. mot Finland avsnitt 46

⁵⁰ Saksnummer: 59320/00

Monaco. Bildene viste prinsessen i ulike private settinger, som for eksempel på restaurant, padlende med barna sine, handlende og i lignende situasjoner. De var ingen spesielt krenkende bilder, i den forstand at de viste nakenhet eller uflatterende hendelser. EMD slo innledningsvis fast at ”privatliv” omfatter forhold knyttet til personlig identitet, navn og bilde ble angitt som eksempler.⁵¹ I vurderingen av om bilder faller inn under beskyttelsen etter artikkel 8 skal det legges vekt på om bildet er fra en privat eller offentlig setting og om det bildet skal brukes begrenset eller offentliggjøres for allmennheten.⁵² I denne saken var det klart at bildene falt innenfor rammen av Prinsessens daglige liv.⁵³ Etter dette ble det fastslått at statenes positive forpliktelser, som det er redegjort for over, også må omfatte en beskyttelse mot at bilder av en person blir misbrukt av andre.⁵⁴ Denne beskyttelsen må imidlertid balanseres opp mot retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10. I denne balansen stiller EMD opp flere momenter det skal legges vekt på. Innledningsvis slås det fast at ytringsfriheten er en nødvendig og viktig del av demokratiet, og at den også favner upopulære og frastøtende ytringer. Likeledes er det tillatt med provokasjon og overdrivelser. Denne koblingen av ytringsfrihetens funksjon til demokratiet legger føringer på hva slags ytringer som er beskyttet. For det første er det avgjørende om bildene er av offentlig og allmenn interesse og bidrar til den offentlige debatten. Videre er det et moment om vedkommende er en offentlig person. Politikere og andre med samfunnsfunksjoner kan ikke forvente samme grad av privatliv som det andre kan, men også offentlige personer har en privat sfære som er beskyttet. Hver sak må avgjøres konkret, og i hver vurdering må statene foreta en forholdsmessighetsvurdering.⁵⁵ I denne saken konkluderte domstolen med brudd på artikkel 8. Prinsessen hadde ingen offentlig funksjon, bildene viste henne

⁵¹ von Hannover mot Tyskland avsnitt 50

⁵² von Hannover mot Tyskland avsnitt 52

⁵³ von Hannover mot Tyskland avsnitt 53

⁵⁴ von Hannover mot Tyskland avsnitt 57

⁵⁵ Sverre Erik Jebens gjesteforelesning UiO 8. april 2010

utelukkende i private settinger og bidro ikke til den offentlige debatten. Argumentet om allmenn interesse på grunn av gode salgstall for bladene ble ikke akseptert.⁵⁶

Dermed kan det konkluderes med at statene har en positiv forpliktelse til å sikre borgernes privatliv mot overtramp både fra staten, og andre borgere. Statene velger som hovedregel selv hvordan de velger å beskytte borgerne, men beskyttelsen må være effektiv. Dermed kan alvorlighetsgraden begrense handlefriheten for statene. Barn har et særlig krav på beskyttelse, dette gjelder også for utlevering av personinformasjon, og særlig dersom denne informasjonen gjør dem mer utsatt for andre straffbare handlinger. Utlevering av informasjon om personlige forhold og privatliv kan omfattes av ytringsfriheten, men den må balanseres opp mot retten til privatliv. Ved denne balansegangen skal det legges vekt på om informasjonen bidrar til den offentlige debatten og om de er av en allmenn interesse. Den allmenne interessen må være noe annet enn underholdningsverdi.

Problemstillingen er hvordan dette kravet om effektiv beskyttelse stiller seg når det er barnets egne foreldre som publiserer personlig og sensitiv informasjon om barna sine. Det er vanskelig å tenke seg foreldre som publiserer en annonse som i *K.U. mot Finland*. Imidlertid er det ikke uvanlig at foreldre publiserer bilder og dokumenter som avslører personlig og sensitiv informasjon om barna. Spørsmålet er om det at det er foreldrene som har lagt ut informasjonen gjør at beskyttelsesgraden blir annerledes. Intuitivt kan man si at det strider mot alminnelig fornuft at barnas vern skal variere ut ifra hvem som krenker deres personvern. På den andre siden står forholdet mellom barn og foreldre i en særstilling.

Det kan anføres at foreldres utlevering av barna sine på internett må anses som en del av familielivet som også beskyttes av den samme bestemmelsen. Det personlige, herunder familielivet er noe flere og flere velger å dele med omverdenen gjennom internett. Skillet mellom den private og offentlige sfæren er ikke like skarpt lengre, og for mange er slik

⁵⁶ von Hannover mot Tyskland avsnitt 77-80

deling av informasjon en naturlig del av familielivet. Beskyttelsen av familielivet etter EMK kan imidlertid vanskelig anses for å omfatte slik utlevering. For det første gjelder beskyttelsen av familielivet først og fremst retten til foreldre til å være en del av barnets liv. Dermed er det innenfor omsorgsovertakelse, besøksrett og lignende dette har sin kjerne. Et annet moment følger av artikkel 53. Etter denne bestemmelsen skal ikke konvensjonen tolkes slik at den begrenser eller fraviker noen av menneskerettighetene som konvensjonspartene er tilknyttet. En slik tolking som er foreslått vil mest sannsynlig begrense barnets rett til privatliv etter Barnekonvensjonen artikkel 16. Jeg mener derfor at man ikke kan legge en slik tolking til grunn.

Etter dette må det konkluderes med at barn har lik rett til privatliv etter konvensjonen som alle andre. Det at det eventuelt er foreldre som står for krenkelsen av denne rettigheten endrer ikke barnets beskyttelse. Statene er forpliktet til å sikre denne retten på en effektiv måte, og i graverende tilfeller er det ikke nok med et sivilrettslig vern, da kreves det også et effektivt strafferettslig vern. Innholdet i retten til privatliv må balanseres mot ytringsfriheten i artikkel 10 etter de momenter som er beskrevet over.

2.3 FN-konvensjonene

2.3.1 Kilder og metode

Som tidligere nevnt er det FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og FNs barnekonvensjon som er de to mest aktuelle FN-konvensjonene å trekke frem når man skal undersøke barns personvern etter internasjonal rett. I motsetning til EMK er ikke disse konvensjonene tilknyttet en egen domstol, men de har hver sin ekspertkomité.

Ekspertkomiteene er opprettet for å føre tilsyn med medlemslandenes implementering og oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. Menneskerettighetskomiteen overvåker SP og Barnekomiteen overvåker BK. Det mest utbygde kontrollsystemet er det Menneskerettighetskomiteen har, gjennom to frivillige klageordninger. Barnekomiteen har ingen slike klageordninger.

Den ene av de to klageordningene er en mellomstatlig klageordning som ikke er relevant for oppgaven og som jeg derfor ikke går nærmere inn på her.⁵⁷ Den andre er en individuell klageordning som Norge er tilsluttet gjennom ratifikasjonen av SPs første tilleggsprotokoll. Etter denne ordningen har menneskerettighetskomiteen myndighet til å motta individklager. Når medlemmene i komiteen har oppnådd enighet seg i mellom avgis deres ”synspunkter”. Disse har form som en dom og blir derfor ofte omtalt som kvasijuridisk, men de er ikke juridiskbindende for statene.⁵⁸ Selv om synspunktene fra Menneskerettighetskomiteen ikke er juridisk bindende, er det et strekt politisk press for å rette seg etter dem. Norge har tradisjonelt vært svært opptatt av å følge avgjørelsene og de er sterke tolkingsmomenter ved tolkingen av konvensjonen.

17. juni 2009 vedtok⁵⁹ Menneskerettighetsrådet å sette ned en arbeidsgruppe som skal se nærmere på mulighetene for en frivillig tilleggsprotokoll til Barnekonvensjonen. Mandatet er å se nærmere på mulighetene til å styrke barnas rettigheter ved å inkludere klageordninger. Den første rapporten forelå 23. januar 2010.⁶⁰ Dermed er et konkrete ønsker fra FN-hold om lignende ordninger under BK som det er under SP. Veien fra en arbeidsgruppe til en vedtatt ordning som er trådt i kraft kan imidlertid være lang. Når det eventuelt er oppnådd enighet om teksten til en tilleggsprotokoll er den som regel avhengig av et bestemt antall konvensjonsparter ratifiserer den for at den skal tre i kraft.⁶¹

I tillegg til klageordningene, er det også andre mekanismer som både Menneskerettighetskomiteen og Barnekomiteen har til rådighet. For det første påtar medlemslandene seg ved tiltredelse av konvensjonene å sende inn periodiske

⁵⁷ Jfr. artikkel 41 flg.

⁵⁸ R. Smith (2007) side 64 flg.

⁵⁹ A/HRC/11/L.3

⁶⁰ Samlesiden til arbeidsgruppen hvor rapporten ligger:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/OEWG/index.htm>

⁶¹ Se for eksempel artikkel 18 til den frivillige tilleggsprotokollen etter ØSK (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter) A/RES/763/17

statusrapporter til den aktuelle ekspertkomiteen for konvensjonen.⁶² Komiteen gjennomgår disse rapportene og eventuelle ”skyggerapporter” som er som tilleggsrapporter fra frivillige organisasjoner, for eksempel Redd Barna. Deretter arrangeres det en høring hvor det blir stilt spørsmål til representanter for den aktuelle staten.⁶³ Etter høringen kommer komiteen med en sluttrapport med konkrete anbefalinger til forbedringer for den aktuelle staten. Det at sluttrapporten er så konkret, gjør at den rettskildemessige verdien er begrenset utenfor det konkrete landet.⁶⁴ Videre er ikke disse rapportene juridisk bindende, men sterke politiske oppfordringer. Deres verdi må ses i lys av dette.⁶⁵ De har ikke samme tyngde som tolkningsmoment som synspunkter i individklager har, men de fleste land, herunder Norge, har tradisjonelt vært svært opptatte av å følge de rådene som blir gitt.

Ekspertkomiteene utgir også generelle kommentarer. Disse inneholder for det første retningslinjer for hva statene bør behandle i statsrapportene sine. Videre er det flere av kommentarene som inneholder komiteens tolking av konvensjonsbestemmelsene og hvilke rettigheter og plikter komiteen mener kan utledes av disse.⁶⁶ Disse uttalelsene er, som all ”praksis” fra ekspertkomiteene, ikke rettslig bindende, men sterke tolkningsmomenter og har dermed større rettskildemessig verdi enn sluttrapporten til det enkelte land.⁶⁷

⁶² Forrige gang Norge var med på en slik høring var da Barne,- likestilling og inkluderingsminister Audun Lysbakken la fram Norges statusrapport for Barnekomiteen i januar 2010.

⁶³ Høstmælingen (2003) side 76 flg.

⁶⁴ Høstmælingen (2003) side 78

⁶⁵ Høstmælingen side 92-93

⁶⁶ R. Smith (2007) side 66

⁶⁷ Høstmælingen (2003) side 92-93

2.3.2 Barns personvern etter FN-konvensjonene

Hovedinstrumentet for barns personvern etter FN-konvensjonene er Barnekonvensjonen, som Norge har tiltrådt, i dag uten reservasjoner.⁶⁸ Den er som tidligere nevnt gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, med forrang foran andre bestemmelser.

Artikkel 16 omhandler barns rett til privatliv. Bestemmelsen lyder som følger i den offisielle engelske versjonen:

- ” 1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.
2. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks”.

Ordlyden bygger i stor grad på SP artikkel 17,⁶⁹ med den forskjellen at ”no one” er byttet ut med ”no child” og ”his” har fått tillegget ”or her”. Det likelydende innholdet gjør at praksis og kommentarer knyttet til SP artikkel 17 er relevant også ved tolkingen av Barnekonvensjonen.⁷⁰

På samme måte som EMK art 8 inneholder Barnekonvensjonen artikkel 16 både en negativ og en positiv handlingsforpliktelse for statene,⁷¹ Dette følger av FNs menneskerettskomité generelle kommentar nummer 16 om SP artikkel 17 fra 1988. I tillegg til statenes forpliktelse til å avstå fra ulovlige og vilkårlige inngrep i privatlivet og angrep på individers ”honour and reputation”, må de sikre individene mot slike overgrep fra fysiske og juridiske personer. De plikter å foreta positive handlinger for å hindre overgrep borgerne imellom.⁷² Beskyttelsen må sikres gjennom lovgivning og gjennom

⁶⁸ En oversikt over reservasjoner finnes på FNs hjemmesider:

<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> lenke nummer 11

⁶⁹ Høstmælingen i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 111

⁷⁰ Se Søvig (2009) side 167 og Newell og Hodgkin for UNICEF (2007) s 205

⁷¹ Mer om positiv og negativ forpliktelse i kapittel 2.2.3.

⁷² Wille i *Barnerett –i et internasjonalt perspektiv* side 147

andre tiltak.⁷³ En del av sikringen er å ha en klageordning for dem som mener at deres rettigheter er krenket, og at disse har egnede rettsmidler til sin disposisjon.⁷⁴ Det stilles ikke krav til om rettsmiddelet må være straffe- eller sivilrettslig, kun at det må være effektivt.⁷⁵

Beskyttelsen etter art 16 har både en materiell og en prosessuell side, og statenes forpliktelser er som vist både av materiell og prosessuell art. Videre beskytter bestemmelsen, i likhet med EMK artikkel 8, mer enn personvernet slik det er beskrevet i kapittel 1.4.1.

I følge UNICEFs implementeringshåndbok⁷⁶ gjelder artikkel 16 for alle barn i alle situasjoner, inkludert innad i familien og på institusjon.⁷⁷ Håndboken slår likevel fast at barns rett til privatliv innad i familien uunngåelig vil variere ut ifra boforhold, familiestruktur, den økonomiske situasjonen og andre forhold som er med på å bestemme barnets private rom.⁷⁸ Det er for eksempel stor forskjell på muligheten for et barn til å trekke seg tilbake og å være for seg selv i hjemmet sitt om det bor sammen med storfamilien i en ettroms leilighet, eller i et stort hus kun sammen med mor og far. Det samme gjelder adgangen til private telefonsamtaler uten at ”alle” får med seg hva som blir sagt.

⁷³ Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar nr. 16 (1988) 1. avsnitt

⁷⁴ Hodgkin og Newell for UNICEF (2007) side 211

⁷⁵ Søvig (2009) side 172

⁷⁶ UNICEFs implementeringshåndbok har ikke like stor rettskildemessig verdi som generelle kommentarer eller FNs sluttrapport til Norge. Den er utarbeidet av FNs barnefond og bygger i stor grad på generelle kommentarer og lignende, og der håndboken siterer andre relevante kilder som generelle kommentarer, bruker jeg primærkilden. Håndboken må ha samme begrensede rettskildemessig verdi som annen juridisk litteratur, dens omfang og utbredelse gjør den likevel til en viktig del av litteraturen.

⁷⁷ Hodgkin og Newell for UNICEF (2007) side 203

⁷⁸ Hodgkin og Newell for UNICEF (2007) side 203

Det aktuelle vurderingstemaet for avhandlingen er om barnets vern mot publisering av personopplysninger på internett varierer ut ifra de samme faktorene. Etter mitt skjønn kan det virke unaturlig uten videre å trekke en slik konklusjon. Ut ifra sammenhengen er det naturlig å forstå håndboken dit hen at selv om rettighetene etter bestemmelsen skal sikres uten diskriminering, vil det uunngåelig være faktiske forskjeller i familiers mulighet til å gi barna sine ”private rom”. Jeg tolker uttalelsen som en forsikring om at statene ikke er forpliktet til for eksempel å sikre at alle barn som bor hjemme et stort nok hus til at de kan ha egne soverom for.

Det er mindre nærliggende at et barns vern mot å få personopplysninger spredd på internett slik som beskrevet i kapitel 1.3 skal variere ut ifra slike faktorer. Det er ingen referanser til kulturelle forskjeller eller forskjell i overbevisning, som hadde vært mer naturlige faktorer å legge vekt på, dersom barnets vern mot publisering av personopplysninger skulle variere fra familie til familie.

Artikkel 16 kan ikke leses alene, den må leses sammen med artikkel 5 om foreldres bestemmelsesrett over barna.⁷⁹

Det var en del kontrovers da artikkel 16 ble foreslått og inntatt i konvensjonen. Enkelte land var redd for at den skulle begrense foreldrenes myndighet overfor barna sine, og som et resultat av denne bekymringen ble artikkel 5 også inntatt.⁸⁰ Artikkel 5 var imidlertid ikke nok for flere av de landene som var skeptiske til artikkel 16. Det er flere reservasjoner til bestemmelsen.⁸¹

I følge artikkel 5 skal statene respektere det ansvar, rettigheter og forpliktelser som blant annet foreldre har til å gi veiledning og støtte til sine barn i deres utøvelse av rettighetene i konvensjonen, tilpasset barnas gradvise utvikling av evner og anlegg. Med andre ord

⁷⁹ Wille i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (2008) side 147

⁸⁰ Hodgkin og Newell for UNICEF (2007) side 204

⁸¹ Se fotnote 68

etablerer bestemmelsen en foreldrerett, eller et foreldreansvar, som må ses i forhold til barnets alder og utvikling. Foreldrene har fått en veiledningsrett overfor barna sine og barnas rett til privatliv innad i familien må for det første balanseres mot denne, og for det andre deres gradvise utvikling.⁸²

Njål Høstmælingen påpeker i Gyldendals lovkommentar at konvensjonens formulering av foreldreansvaret som en rett for foreldrene må ses i sammenheng med at barn i flere samfunn i det store og hele anses for å være underlagt foreldrenes bestemmelsesrett.⁸³ Spørsmålet blir om foreldrenes bestemmelsesrett etter artikkel 5 kan anses for å begrense barns rett til privatliv mot foreldrene etter artikkel 16, og i så fall i hvilken grad.

Det er klart at artikkel 5 ikke avskjærer barns selvstendige rett til personvern mot foreldrene totalt. En slik tolking er unaturlig ut ifra ordlyden i artikkel 5. Videre vil en slik løsning harmoniserer dårlig med prinsippet om barnas beste og de andre kildene som er nevnt over. Betegnelsen ”privatliv” i artikkel 16 omfatter et bredt spekter av forhold i tillegg til personvernet.⁸⁴ Som drøftelsen har vist over, omfatter det blant annet barnets rett til private ”rom”. Det må anses som helt naturlig at barnets rett til å få være i fred må balanseres mot dets modenhet og foreldrenes rett og plikt til å veilede barnet sitt. Dette harmoniserer godt med prinsippet om barnets beste og Barnekonvensjonens system. Når det gjelder barnets selvstendige rett til personvern er det mindre naturlig å innfortolke slike begrensninger. Et ytterligere, og viktig, moment mot en slik tolking er en av Barnekomiteens uttalelser i siste sluttrapport til Norge. Spørsmålet om barns rett til personvern mot foreldrene ble berørt av barnekomiteen. Den uttrykte bekymring for foreldres mulige personvernovertramp overfor egne barn når de utleverer deler av barnas

⁸² Høstmælingen i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 111

⁸³ Gyldendals rettsdata kommentar til Barnekonvensjonen note 3

⁸⁴ Høstmælingen i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 111

liv på internett. En slik utlevering som et ledd i en konflikt om barnefordeling ble spesifikt nevnt som problematisk.⁸⁵

Etter dette mener jeg at det er mulig å konkludere med at barn har krav på et vern mot personvernovergrep etter Barnekonvensjonen. I tillegg til et krav om vern mot statlige overtramp, oppstiller Barnekonvensjonen et krav om vern mot overtramp fra andre, inkludert barnets egne foreldre. Denne konklusjonen støttes også av at Barnekomiteen. I komiteens sluttrapport til Norge, anbefalte den konkret å gi Datatilsynet mandat til å forhindre foreldre og andre i å offentliggjøre informasjon om barn som strider mot deres rett til personvern og som ikke til deres beste.⁸⁶

3 Barns rett til personvern etter personopplysningsloven

3.1 Generelt

Det er ingen egne lovbestemmelser i norsk rett som regulerer særlige problemstillinger knyttet til barns personvern, med unntak av den inkorporerte artikkel 16 i Barnekonvensjonen. En vurdering av rettsstilstanden må derfor ta utgangspunkt i de generelle personvernreglene,⁸⁷ og hvordan foreldreansvaret,⁸⁸ vergemålet og menneskerettighetene påvirker disse. Personopplysningsloven inneholder hovedreglene for behandling av personopplysninger og vil derfor bli behandlet først. Denne loven gjelder imidlertid ikke all behandling, ettersom en del er unntatt lovens virkeområde. I tillegg til personopplysningsloven er det to, for avhandlingens tema, viktige bestemmelser i

⁸⁵ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 28

⁸⁶ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 29

⁸⁷ Se kapittel 1.4

⁸⁸ Se kapittel 1.5

henholdsvis straffeloven og i åndsverksloven. Disse vil bli behandlet i henholdsvis kapittel 4 og 5.

3.2 Personopplysningslovens saklige virkeområde

Reglene om behandling av personopplysninger i personopplysningsloven gjelder som nevnt ikke all behandling. Behandling av personopplysninger for ”rent personlige” eller ”andre private formål” er unntatt fra lovens virkeområde, jfr. pol. § 3 annet ledd. Det typiske eksempelet på behandling til private formål er elektroniske adresselister, e-postlister og lignende.⁸⁹ I og med at dette er personopplysninger som behandles elektronisk, ville slike lister i utgangspunktet vært omfattet av regelverket. Det ble ansett for et uønsket inngrep i den enkeltes privatliv å ha regler som åpner for kontroll av private adresselister etter reglene i personvernloven.⁹⁰ Videre ble ikke slik behandling av personopplysninger ansett for å utgjøre en stor personverntrussel.⁹¹

Det aktuelle spørsmålet for avhandlingen er om publisering av opplysninger om egne barn på internett omfattes av unntaket. Det er klart at publisering av tekst og bilder som identifiserer barnet er behandling av personopplysninger i lovens forstand.

Vurderingstemaet blir derfor om slik publisering må anses for å falle inn under ”privat-unntaket” i § 3. Dersom det er tilfellet, reguleres ikke slik publisering av personopplysningsloven.

I følge ordlyden er det formålet med publiseringen som her er avgjørende. Så lenge den som publiserer har til hensikt å gjøre dette for et ”rent personlig” eller annet ”privat formål” skal publiseringen falle inn under unntaket. I forarbeidene er det presisert at private hjemmesider på internett må anses å falle inn under unntaket, med mindre det innebærer en

⁸⁹ Johansen m.fl. (2001) side 85

⁹⁰ Se for eksempel pol § 44

⁹¹ Ot.prp.nr.92 (1998-99) side 105

økonomisk aktivitet som overstiger det som er vanlig for fritidsaktiviteter.⁹² Dette er ikke aktuelt for mitt tema og behandles ikke nærmere.

Opprinnelig ble privatunntaket i § 3 forstått slik at opplysninger på hjemmesider på internett er omfattet av unntaket så lenge formålet med siden er av privat art. Dette gjaldt uavhengig av om opplysningene er tilgjengelige for kun en begrenset krets av personer, eller om den er tilgjengelig for alle med internettilgang. Etter denne forståelsen omfattes eksempel A (fotoalbumet med adgangskontroll), eksempel (Facebook) og muligens eksempel C (familieblogg) av unntaket. Denne forståelsen med hovedvekt på formålet med publiseringen, var den rådende frem til den såkalte Lindquist-saken fra EF-domstolen i 2003,⁹³ som endret dette synet.⁹⁴

EF- domstolens avgjørelse i Lindquist-saken gjaldt forståelsen av direktivbestemmelsen som personopplysningsloven § 3 bygger på. Domstolen uttalte at det ikke kan være snakk om behandling av personopplysninger for rent familiemessige og private formål så lenge opplysningene publiseres på internett på en måte som gjør dem tilgjengelig for et ubegrenset antall personer. Denne saken gjaldt en svensk kvinne som jobbet som frivillig med konfirmantundervisning i et kirkesamfunn, og som hadde opprettet en personlig hjemmeside hvor hun la ut personlig informasjon om seg selv og sine kolleger. Det var en lenke til nettsiden på kirkens nettsider, men den fremsto i all hovedsak som personlig. Domstolen fastslo at nettsiden ikke kunne anses som privat i direktivets forstand fordi den var tilgjengelig for alle med internettilgang.⁹⁵ Tilgjengeligheten ble brukt som hovedankepunkt mot at den var ”privat”, selv om det kunne stilles spørsmål ved om siden kunne være personlig i og med dens tilknytting til kirken.⁹⁶ Dette var dermed en sterk

⁹² Ot.prp.nr.92 (1998-99) side 105

⁹³ Saksnummer C-101/01

⁹⁴ Schartum og Bygrave, utredning (2006) side 45-46.

⁹⁵ Se avsnitt nr 47

⁹⁶ Schartum og Bygrave (2003) side 126

føring fra domstolen om at man ikke utelukkende kan legge vekt på formålet med publiseringen.

Med dommen ble fokuset dermed endret fra den rene formålsbetraktningen til også å omfatte en vurdering av måten personopplysningene blir behandlet på. Dette innebærer at private hjemmesider som er tilgjengelige for alle, ikke kan anses for å falle inn under unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd, og følgelig omfattes av lovens saklige virkeområde.⁹⁷ Datatilsynet har lagt om sin praksis tilsvarende.⁹⁸ Dermed vil publiseringene i eksempel C (familiebloggen), eksempel D (YouTube), eksempel E (kampsidene) og eksempel F (barneforedeling) ikke omfattes av privatunntaket.

Foreldre publiserer imidlertid informasjon om barna sine på flere forskjellige måter på internett. Selv om de helt åpne hjemmesidene ikke faller inn under unntaket i § 3 annet ledd, kan det stille seg annerledes dersom det er en form for tilgangskontroll på nettsiden slik som i eksempel A. Schartum og Bygrave problematiserer dette i sin utredning for Justisdepartementet og Moderniseringsdepartementet fra 2006 om behov for endringer i personopplysningsloven. I følge dem er det trolig at dersom man etablerer en ordning som gjør at nettsiden kun er tilgjengelig for et begrenset antall personer, må det sies at det faller inn under unntaket. De mener imidlertid at antallet og kretsen av personer som har tilgang til siden ikke i betydelig grad kan overstige det som er vanlig for en familie eller nær vennekrets.⁹⁹ Dersom denne standarden skal legges til grunn, kan det konstateres at eksempel A (fotoalbum) faller klart innenfor privatunntaket, men at det kan stilles spørsmål ved om publiseringen på Facebook i eksempel B omfattes. Dersom foreldrene har et stort vennenettverk på Facebook, uten at de nødvendigvis har så mange nære venner i virkeligheten, vil publiseringer av personopplysninger her ikke kunne omfattes av

⁹⁷ Schartum og Bygrave (2006) s 45-46

⁹⁸ Bing (2008) side 179 med henvisning til

http://datatilsynet.no/templates/article_883.aspx

⁹⁹ Schartum og Bygrave (2006) side 46

privatunntaket. Det samme gjelder dersom de deler informasjonen sin med ”venners venner” i tillegg til de vennene de selv har godkjent.

Etter dette kan det konkluderes med at dersom foreldre publiserer personopplysninger om barna sine på internett på en måte som gjør informasjonen tilgjengelig for alle med internettilgang slik som med bloggen i eksempel C, er denne aktiviteten ikke uten videre unntatt fra regulering etter personopplysningsloven, selv om hensikten kun er av privat art. For at publiseringen skal falle inn under dette unntaket må det være en form for begrensning og kontroll med hvem som har tilgang. Av eksemplene i kapittel 1.3 er det kun eksempel A som klart faller inn under privatunntaket. For eksempel B er det mer usikkert: kun dersom foreldrene er restriktive med hvem de aksepterer å være ”venn” med på nettstedet Facebook vil publisering her også kunne omfattes.¹⁰⁰

3.3 Forholdet til ytringsfriheten

Selv om publisering av personopplysninger er av en slik art at den faller innenfor personopplysningslovens saklige virkeområde etter § 3, kan slik publisering etter § 7 likevel være unntatt fra regulering av personopplysningslovens hoveddel. Etter denne bestemmelsen kommer personopplysningsloven bare delvis til anvendelse dersom behandling av personopplysninger skjer ”utelukkende for kunstneriske, litterære eller journalistiske, herunder opinionsdannende, formål.”

Etter ordlyden i § 7 er det formålet med behandlingen av personopplysningene som er avgjørende for om hoveddelen i personopplysningsloven kommer til anvendelse. For avhandlingens vedkommende er det unntaket for behandling av personopplysninger ”utelukkende for (...) journalistiske, herunder opinionsdannende, formål” som er det mest aktuelle unntaket.

¹⁰⁰ Jeg avgrenser mot drøftelser av hvordan standardvilkårene om rettighetene til tekst og bilder på nettsiden eventuelt påvirker vurderingen.

Presiseringen om at opinionsdannende formål inngår i det journalistiske ble inkludert for å gjøre det klart at det ikke bare er de tradisjonelle medias behandling av personopplysninger som omfattes.¹⁰¹ Unntaket gjelder uavhengig av hvilket medium som benyttes og er knyttet opp mot behandlingens art, ikke av den behandlingsansvarliges yrkesstatus. Det vil si at det ikke kun er journalisters behandling, herunder publisering, av personopplysninger som er unntatt fra loven. Enhver som publiserer med journalistisk formål vil falle inn under unntaket.¹⁰²

Personvernemnda avgjørelse i sak nummer 3 fra 2005 illustrerer dette.¹⁰³ I denne saken drev en gruppe som følte seg utsatt for maktovergrep fra barnevernet flere nettsider hvor de publiserte personopplysninger (herunder bilder i noen tilfeller), karakteristikk og kritikk av personer som hadde hatt befatning med barnevernssaker. Det var rundt 400 navn på de ulike listene. Datatilsynet mottok flere klager, og i den inneværende saken var den fornærmede ansatt i Bærum kommune.

Datatilsynet valgte å ikke ta stilling til om opplysningene omfattes av § 7, da de mente de ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel til å behandle saken. Personvernemnda avviste at hjemmelen var mangelfull og konkluderte med at § 7 kom til anvendelse. Gruppen som stod bak nettsidene hadde som uttalt formål å belyse det de mente var maktovergrep i barnevernssaker og den tradisjonelle presses unnfallenhet i dekning av dette. Det at formen på ytringene hadde en form som avvek fra den man forventer av tradisjonelle media, kunne ikke føre til et annet resultat. Dermed hadde ikke Datatilsynet myndighet til å kreve sletting av opplysningene. Personvernemnda pekte avslutningsvis på at selv om behandlingen av personopplysninger faller inn under unntaket i § 7, må nettsidene forholde seg til de reglene som gjelder omtale av enkeltpersoner, spesielt reglene om privatlivets fred og ærekrenkelser i straffeloven.

¹⁰¹ Jfr. Ot.prp.nr.92 (1998-99) side 107

¹⁰² Se Ot.prp.nr.92 (1998-99) side 107

¹⁰³ PVN-2005-3

En annen illustrerende sak fra personvernemnda er fra 2007.¹⁰⁴ Her var det fosterforeldre som klaget inn en av de samme nettsidene som i saken fra 2005. I oversikten over saksgangen i vedtaket kommer det frem at det opprinnelig var en klage på publisering av personopplysninger både om fosterbarn og om fosterforeldre. Datatilsynet påla sletting eller anonymisering av opplysningene om barna,¹⁰⁵ men det kom frem at det samme ikke kunne gjelde fosterforeldrene. Etter nærmere åtte måneder var opplysningene om barna fjernet, og for personvernemnda sto striden kun om opplysningene om fosterforeldrene. Opplysningene besto av lister over navn på fosterforeldre, lenker til deres opptredener i media og til slutt karakteristikker og slengbemerkninger. Personvernemnda kom som i saken fra 2005 til at behandlingen måtte anses for å falle inn under unntaket i § 7 og at Datatilsynet hadde følgelig ikke har myndighet til å kreve retting eller sletting.

Etter dette vil typeeksemplene D (YouTube), E (kamp mot barnvernet) og trolig også F (Kamp mot den andre forelderen) i kapittel 1.3 falle inn under unntaket i § 7, da det i disse eksemplene er snakk om publisering i ”opinionsdannende” formål.

3.4 Hovedregelen for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven

Som drøftelsene i kapittel 3.2 og 3.3 viser er det kun eksempel C (familieblogg) og delvis eksempel B (Facebook) som omfattes av hovedregelen for behandling av personopplysninger og som dermed reguleres av reglene det vil bli gjort rede for i det følgende.

Grunnkravet til behandling av personopplysninger følger av personopplysningsloven § 11. Etter første ledd bokstav a kan personopplysninger bare behandles når det er tillatt etter §§

¹⁰⁴ PVN-2007-5

¹⁰⁵ Det er ingen informasjon om begrunnelsen til pålegget om sletting av disse opplysningene i vedtaket

8 og 9. Hovedregelen for all behandling av personopplysninger etter § 8 er samtykke fra den registrerte. Dette er i tråd med det ideologiske utgangspunktet til loven og direktivet som loven bygger på.¹⁰⁶ Uten samtykke kan personopplysninger kun behandles dersom det enten foreligger lovhjemmel eller dersom det er ”nødvendig” etter nærmere fastsatte kriterier. Det første ville forøvrig også blitt resultatet etter lex specialis prinsippet, uavhengig av § 8. For problemstillingen i denne avhandlingen er det kun hovedregelen om samtykke som er aktuell og som vil bli behandlet i det følgende. § 9 stiller opp ytterligere vilkår for behandling av opplysninger i de tilfellene de er sensitive i lovens forstand.¹⁰⁷ Jeg behandler samtykkekravet etter § 8 først.

Kravene som stilles for at det skal foreligge et gyldig samtykke, er definert i personopplysningsloven § 2 nr 7. I følge denne bestemmelsen må samtykket være ”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”. Samtykke er en av hoveddefinisjonene i loven, da den ivaretar hovedprinsippet innen personvern – enhvers selvråderett over egne personopplysninger.¹⁰⁸ Dette er grunnsteinen i all personverntankegang, og må ses på som idealet. Som § 8 viser, er det ikke mulig å realisere idealet fullt ut og hensynet til personvernet må balanseres opp mot andre samfunnshensyn. §§ 8 og 9 er utslag av denne balansegangen.

Kravet til frivillighet innebærer at samtykke ikke må være avgitt under tvang fra den som behandler personopplysningene eller andre.¹⁰⁹ I dette ligger at det ikke må få negative konsekvenser dersom man skulle velge ikke å samtykke. Personvernemnda uttalte i så henseende:

¹⁰⁶ Schartum og Bygrave (2003) side 131

¹⁰⁷ Kapittel 3.5.3

¹⁰⁸ Johansen m.fl. (2001) side 72 flg.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 103-104

”Personvernemnda ser det slik at når samtykke stilles som betingelse for å få et gode av betydning for den registrerte, vil som hovedregel samtykket ikke kunne anses å være avgitt frivillig.”¹¹⁰

Dette betyr at foreldre, dersom barnet har samtykkekompetanse, ikke kan presse barnet til å tillate foreldrenes publisering av personopplysninger om det på internett. Barns eventuelle samtykkekompetanse vil bli nærmere drøftet i det følgende.

Med ”utrykkelig” menes at det ikke skal være noen tvil om at samtykke er gitt. Stilletiende samtykke godtas ikke. Det er imidlertid ingen formkrav til hvordan samtykket kan gis. At samtykke er informert, innebærer at den behandlingsansvarlige informerer av eget tiltak om hva det vil innebære å samtykke til behandlingen.

Til slutt er det verdt å påpeke at et samtykke kan trekkes tilbake.¹¹¹ Dersom det skulle skje, og det ikke foreligger et alternativt rettslig grunnlag, har ikke den behandlingsansvarlige ikke lenger hjemmel til å behandle personopplysningene.

3.5 Hvem har samtykkekompetanse?

For avhandlingens tema er et av kjernepunktene *hvem* som kan samtykke til behandling av personopplysninger. Et udiskutabelt utgangspunkt er at alle myndige personer kan samtykke til behandling av personopplysninger om dem. Det sentrale for denne avhandlingen er hvordan dette stiller seg for barn under myndighetsalderen.

3.5.1 Vergemål eller foreldreansvar?

Lovteksten gir ingen veiledning til hvem som har samtykkekompetanse. Det er ikke inntatt noen egen aldersgrense for barns samtykkekompetanse slik som i pasientrettighetsloven §§ 4-3 og 4-4. Det er heller ingen dommer som berører denne problemstillingen.¹¹² I

¹¹⁰ PVN-2003-1

¹¹¹ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 104

¹¹² lov 2.juli 1999 nr.63 om pasientrettigheter

forarbeidene til personopplysningsloven er det fastslått at samtykkekompetansen for barn etter loven ligger hos vergen.¹¹³

I barneretten er det naturlig å kategorisere samtykke etter personopplysningsloven §§ 8 og 9 som ”personleg høve” noe som etter skillet beskrevet i kapittel 1.5 skal ligge under foreldreansvaret. Dermed innebærer den løsningen som forarbeidene skisserer et brudd med det alminnelige skillet mellom vergeansvaret og foreldreansvaret som gjelder i barneretten og som er nærmere beskrevet i kapittel 1.5. Dette beskrevne skillet er imidlertid heller ikke fulgt konsekvent ellers i særlovgivningen.¹¹⁴

Spørsmålet om det er innehaverne av foreldreansvaret eller vergen som har samtykkekompetanse er ikke nærmere problematisert i litteraturen.¹¹⁵ Forarbeidenes konstatering av at samtykkekompetansen må ligge hos vergen synes å være gjort uten å se nærmere på hvor egnet reglene om vergemålet er i dette tilfellet. Som beskrevet i kapittel 1.5, er vergemålet tilpasset økonomiske og juridiske forhold, og det er dermed ikke klart hvordan man eventuelt kan bruke vergemålsregelverket på et slikt personlig forhold. Spørsmål som det må tas stilling til, og som forarbeidene ikke berører, er blant annet barns eventuelle selvbestemmelsesrett. Barneloven har generelle regler om selvbestemmelsesrett, mens det i vergemålsloven kun er konkrete bestemmelser om barns selvbestemmelsesrett for spesifikke økonomiske forhold, som for eksempel rett til å si opp jobben sin over en viss alder jfr. § 32. Slike konkrete regler kan vanskelig brukes på samtykkekompetanse etter personopplysningsloven. Dermed vil en mulig konsekvens av at det er vergen som har samtykkekompetanse være at barn ikke kan oppnå selvbestemmelsesrett i disse spørsmålene før fylte 18 år, kun medbestemmelsesrett. Videre er det heller ikke vurdert om vergemålslovens regler om klagerett for barnet til overformynderiet etter § 40 tredje ledd skal gjelde for vergens samtykke etter personopplysningsloven.

¹¹³ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 103

¹¹⁴ Backer (2008) side 237

¹¹⁵ Se for eksempel Søvig (2008) side 169 eller Johansen m.fl. (2001) side 76-77

Backer antar i kommentarutgaven til barneloven at klagereglene i vergemålsloven også må gjelde for kompetansen som særlovgivningen tillegger vergen.¹¹⁶ Dette spørsmålet har jeg ikke funnet berørt andre steder, og dette resultatet er ikke gitt, blant annet fra et legalitetsprinsippsynspunkt. Uavhengig av dette er det et moment som bør vurderes i tilfelle vergen har kompetanse.

Ingen av disse spørsmålene er vurdert eller problematisert i forarbeidene. Selv om vergeansvaret og foreldreansvaret etter vergemålsloven § 3 som hovedregel ligger hos de samme personene, og mange ikke har et bevisst forhold til hvilket regelsett de fatter beslutninger etter, er det forskjell mellom de to kompetanseformene. Disse forskjellene har praktiske og juridiske konsekvenser, noe som drøftelsen over har demonstrert og det er følgelig ikke uten betydning om en kompetanse blir lagt til den ene eller den andre. Dersom man ønsker å bryte med lovens alminnelige system, og dermed i praksis kanskje stramme inn rettighetene både til barnet og forelderen, er det naturlig at dette blir berørt og begrunnet av lovgiver i forarbeidene. Etter dette fremstår ikke løsningen i forarbeidene som gjennomtenkt, og lovens system bør derfor veie tyngre. Reglene om foreldreansvaret er bedre tilpasset spørsmål om barns personlige forhold, og jeg konkluderer derfor med at samtykkekompetansen etter personopplysningsloven ligger under foreldreansvaret.

3.5.2 Begrensningene i foreldreansvaret

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor at foreldrene i kraft av foreldreansvaret kan samtykke til bruk av egne barns personopplysninger på vegne av barnet. Denne bestemmelsesretten følger av barneloven § 30 første ledd. Som det kort er gjort rede for i innledningen er ikke denne bestemmelsesretten absolutt, den begrenses av flere forhold.

For det første skal foreldreansvaret utøves ut ifra barnets interesser og behov. Dette følger av barneloven § 30 første ledd siste punktum. Det ligger også en begrensning i barnets gradvise selvbestemmelsesrett etter barneloven § 33 og medbestemmelsesrett etter § 31.

¹¹⁶ Backer (2008) side 250

Jeg behandler selvbestemmelsesretten kort først, deretter medbestemmelsesretten. Det må også antas at foreldres samtykkekompetanse må begrenses av regelen om barns rett til privatliv etter Barnekonvensjonen artikkel 16.¹¹⁷ Konvensjonen gjelder som norsk lov og skal ved motstrid ha forrang. Dermed må de begrensningene som følger av artikkelen få konsekvenser for hva foreldre kan samtykke til.

3.5.2.1 Barnets selvbestemmelsesrett

Etter § 33 skal foreldre gi barn under 18 gradvis mer selvbestemmelsesrett opp mot myndighetsalderen. Datatilsynet og Forbrukerombudet har sammen utviklet retningslinjer for innhenting og bruk av barns personopplysninger, og når barn selv bør antas å ha samtykkekompetanse.¹¹⁸ Denne guiden er ikke rettslig bindende, men bygger på deres lovforståelse og praksis, og kan sies å gi uttrykk for hvordan reglene forstås og praktiseres i dag. Guiden er først og fremst utarbeidet for når barn under 18 år selv måtte kunne samtykke til behandling av personopplysninger, og når det kreves foreldresamtykke i tillegg.

For behandling av personopplysninger med formål om internettpublisering opererer veilederen med en 15-årsgrense for kontaktopplysninger og få ikke-sensitive opplysninger og en 18-årsgrense for sensitive opplysninger og omfattende publisering av ikke-sensitive opplysninger.¹¹⁹ Generelt presiseres det at gyldigheten av et samtykke er avhengig av at den som samtykker evner å forstå konsekvensene. Etter nordisk praksis antas det at 15-åringer normalt vil være i stand til dette.¹²⁰

Det relevante spørsmålet er om de umyndige samtidig oppnår en nektelseskompetanse. Dette spørsmålet har ikke vært behandlet og er uavklart. Veilederen over er utarbeidet med

¹¹⁷ Personverkomisjonens sitat av Smith i NOU 2009:1 side 138

¹¹⁸ http://datatilsynet.no/templates/article_892.aspx (2004)

¹¹⁹ side 4

¹²⁰ side 5

motsatt ”tyngdepunkt”, nemlig at barnet trenger en voksen til å ”bremse” utleveringen av personopplysninger. Det er ikke noe i veien på generelt grunnlag for at en nektelseskompetanse kan være større enn en eventuell samtykkekompetanse i kraft av selvbestemmelsesretten.¹²¹ Hvorvidt barn under 18 år har en nektelseskompetanse etter personopplysningsloven er uavklart, men sterke reelle hensyn taler for en slik løsning. Dersom et barn har anledning til selv å legge ut personinformasjon om seg selv, bør det også kunne nekte andre å legge ut tilsvarende informasjon.

3.5.2.2 Barnets medbestemmelsesrett

Det ligger også en begrensing i barnets medbestemmelsesrett. Denne retten er hjemlet både i barneloven § 31 og i Barnekonvensjonen artikkel 12. Medbestemmelsesretten kommer til uttrykk gjennom en plikt til å høre barn i saker som angår dem, og å legge vekt på hva barnet mener ut ifra dets modenhet og alder. Etter barneloven § 31 er ikke plikten oppfylt ved at man kun tar barnets syn med i avvegningen av ulike handlingsalternativer i de tilfellene barnet uoppfordret gir uttrykk for sitt syn. Bestemmelsen foreskriver en plikt til aktivt å rådføre seg med barnet.¹²²

I Barnekonvensjonen er barns medbestemmelsesrett ansett som et av de mest sentrale prinsippene, og det skal gjøres gjeldene uavhengig av saksområde.¹²³ Retten er et av hovedinstrumentene for å sikre barnets verdighet og integritet.¹²⁴ Man viser barnet respekt som menneske ved å la det uttale seg i saker som angår det, og deretter legge vekt på hva det sier.¹²⁵

¹²¹ Backer (2008) side 306

¹²² Backer (2008) side 293

¹²³ Sandberg i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 77

¹²⁴ Sandberg i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 77

¹²⁵ Sandberg i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 77

Det er det ingen nedre aldersgrense for når barnet har en rett til å bli hørt etter Barnekonvensjonen.¹²⁶ Kriteriet er at barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter i saken. Vekten av disse synspunktene avhenger av barnets alder og modenhet og enhver situasjon må vurderes konkret. Barneloven § 31 følger Barnekonvensjonen i første ledd, som foreskriver en gradvis medbestemmelsesrett basert på disse kriteriene. I annet ledd er det imidlertid inntatt spesifikke aldersgrenser. Når barnet er 7 år skal det få si sin mening, og når barnet er fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva det sier. Dette er en ubetinget rett,¹²⁷ har barnet passert denne alderen skal det høres uansett. Bruken av aldersgrenser kan synes å stride mot forpliktelsene etter BK, som i så fall må gå foran, jfr. menneskerettighetsloven § 3. Barnekomiteen er kritisk til bruken av aldersgrenser, men det er ikke i strid med artikkel 12 så fremt også barn under denne aldersgrensen får rett til å si sin mening i henhold til sak og modenhet.¹²⁸ Barneloven § 31 første ledd gjelder uavhengig av alder, og fanger dermed opp de barna som er under aldersgrensen i andre ledd.¹²⁹

Når det gjelder foreldres publisering av personopplysninger på internett kan det synes som et spørsmål det etter hvert er mulig å forelegge stadig yngre barn,¹³⁰ da det er flere og flere småbarn som har erfaringer med internettmediet. Hvor stor vekt man skal tillegge barns syn, skal etter ordlyden variere ut ifra deres modenhet. Et naturlig moment i modenhetsvurderingen vil være hvorvidt barnet forsår hva dette dreier seg om. Det kan ikke stilles for strenge krav til forståelsen. Barnekomiteen anfører at det ikke er nødvendig at barnet har en helhetlig forståelse for alle sider av saken, men at det har tilstrekkelig forståelse til passende å danne seg et sine egne synspunkter.¹³¹ Dersom barnet ikke ønsker å

¹²⁶ Barnekomiteens generelle kommentar til artikkel 12 (2009) avsnitt 21

¹²⁷ Jfr. Ot.prp.nr.29 (2002-2003) side 61

¹²⁸ Barnekomiteens generelle kommentar til artikkel 12 (2009) avsnitt 21

¹²⁹ Sandberg i Gyldendals rettsdata note 77 til barneloven og Backer (2008) side 294

¹³⁰ Se for eksempel Aftenpostens forside og side 6-7 lørdag 3. april 2010 og Medietilsynet *Barn og digitale medier* 2010 (2010) side 27

¹³¹ Barnekomiteens generelle kommentar til artikkel 12 (2009) avsnitt 21 andre underpunkt

bli lagt ut på nettet bør det derfor være nok at det faktisk føler ubehag ved publiseringen. Det stilles nok noe høyere krav dersom barnet er positivt. Dersom barnet ikke har noen motforestillinger, må foreldrene fremdeles vurdere om publiseringen strider med barnets interesser og behov etter § 30 første ledd siste punktum. Et ja fra barnet i slike saker fritar ikke foreldrene fra denne vurderingen.

Vekten av barnets syn varierer også ut ifra hvor fast og velbegrunnet barnets syn er, og hvilke andre hensyn som taler for eller mot.¹³² I flere av de oppstilte eksemplene i kapittel 1.3, er et naturlig at et barns negative holdning til publisering av personopplysninger på internett bør tillegges stor vekt. Å få bilder eller annen informasjon om seg selv publisert uønsket føles for de fleste som en integritetskrenkelse, det kan ikke være noe annerledes for barn. Som det er nevnt tidligere er det nettopp for å ivareta hensynet til barnets integritet at man har gitt dem medbestemmelsesretten.¹³³ Videre vil det i mange tilfeller også stride mot barnets interesser og behov å publisere informasjonen, noe som er med på å forsterke hensynene for å legge vekt på barnets syn. Dette er ikke nødvendigvis alltid tilfellet, og det må en konkret vurdering til.

I eksempel A om det passordbeskyttede fotoalbumet vil vurderingen være nokså lik den vurderingen man tar når man lager ”alminnelige” album og eventuelt viser det frem til familie og venner. Her vil en aktuell avveining være mellom barnets motstand og barnets interesse av å ha fotoalbum å se tilbake på når man blir eldre. Dersom barnet har mye i mot et bestemt bilde vil det være et strekt moment for ikke å legge ut det. Dersom barnet ikke vil ha noen bilder av seg overhodet i et slikt album, må dette veies opp mot familiens interesse av fotoalbumet. En konkret vurdering av barnets nei, kan være om neiet er knyttet

¹³² Sandberg i Gyldendal rettsdata note 77 til barneloven

¹³³ Se over og Sandberg i *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* (2008) side 77

til bildene eller om det er et utslag av trass.¹³⁴ Jo flere som har tilgang til albumet jo tyngre bør barnets syn veie i dette tilfellet etter mitt skjønn.

For eksempel C (familieblogg) som reguleres av personopplysningsloven har publiseringen av opplysningene et mye større spredningspotensial enn i eksempel A. Dermed er det flere motforestillinger som gjør seg gjeldende. Gir barnet uttrykk for at det ikke liker å være på med i en slik blogg bør dette derfor tillegges stor vekt.

3.5.2.3 Gyldigheten av foreldrenes samtykke

Som tidligere nevnt kan det ikke kreves at barnets syn skal tillegges avgjørende vekt når foreldre fatter avgjørelser for barnet.¹³⁵ Det er andre momenter som må vurderes i tillegg som det er redegjort for over. Dermed kan det ikke automatisk konstateres ugyldighet dersom foreldre samtykker på tvers av barnets ønsker.

Dersom dette samtykket imidlertid er i strid med barnets interesser og behov, og muligens også i strid med barns rett til personvern etter Barnekonvensjonen artikkel 16, må det få konsekvenser for samtykkets gyldighet. Disse skrankene har et reelt innhold utover det rent pedagogiske, og sterke grunner taler derfor for at et samtykke i strid med disse må være ugyldig, og at det følgelig ikke foreligger et gyldig hjemmelsgrunnlag for behandlingen.

Etter personopplysningsloven § 42 tredje ledd nummer 3 skal Datatilsynet ”kontrollere at lover og forskrifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt, og at feil eller mangler blir rettet”. I for eksempel PVN-2009-16 går Datatilsynet inn og vurderer samtykkets gyldighet. I denne saken hadde Datatilsynet konstatert at frivillighetskravet

¹³⁴ Nå er behandling av personinformasjon som i eksempel A unntatt personopplysningsloves virkeområde, og det er dermed ikke noe krav om samtykke for å bruke bildene på denne måten etter personopplysningsloven. Foreldre bør allikevel ta barnet med på råd også i slike saker etter de alminnelige barnerettslige prinsippene.

¹³⁵ Backer (2008) sider 298

ikke var oppfylt og at samtykket dermed ikke var gyldig. Det kan stilles spørsmål ved om Datatilsynet kan gå inn å vurdere gyldigheten av et samtykke etter de barnerettslige begrensningene på foreldres samtykkekompetanse. En uttalelse fra tilsynet inntatt i NOU 2009:1 side 138 første spalte tyder på at tilsynet mener det kun kan vurdere samtykkets gyldighet ut ifra de reglene oppstilt i personopplysningsloven § 7. En vurdering om et samtykke er gyldig ut ifra de barnerettslige reglene krever kompetanse utover det rent personvernrettslige. På den andre siden kan Datatilsynets pressemelding fra februar 2010 tyde på at de mener at de har en mulighet til å pålegge sletting, men at de ikke ønsker å konkret fjerne opplysningene.¹³⁶ Disse uttalelsene kan være en kilde til tilsynets eget syn på sin kompetanse i slike spørsmål. Ut i fra ordlyden i Datatilsynets tildelte kompetanse i personopplysningsloven § 42 og kravet om at barn må ha et effektivt vern mot personvernovertramp etter EMK artikkel 8, mener jeg uansett at Datatilsynet må ha kompetanse til å vurdere foreldres samtykkes gyldighet.

Etter min mening må kompetansen legges til et annet organ med tilsvarende tilgjengelighet, kompetanse og sanksjonsmuligheter dersom man skulle komme til at det rent praktisk ikke er ønskelig at Datatilsynet skal foreta disse vurderingene. Noe annet vil føre til at barn ikke har et effektivt vern mot overtramp.

3.5.3 Sensitive personopplysninger

For behandling av sensitive personopplysninger oppstiller § 9 tilleggsvilkår. Før jeg går nærmere inn på de alternative tilleggsvilkårene, drøfter jeg hva som skal til for at en personopplysning er ”sensitiv”. Personopplysningsloven § 2 nr 8 inneholder en liste over hvilke opplysninger som må anses som sensitive personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Det som inngår er opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn, politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning, informasjon om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling, opplysninger om helseforhold og seksuelle forhold, og til slutt opplysninger om medlemskap i fagforeninger.

¹³⁶ http://datatilsynet.no/templates/Page____3336.aspx

Deler av den informasjonen som foreldrene publiserer i alle eksemplene i kapittel 1.3 omfattes dermed av definisjonen av sensitive opplysninger. En barnevernsmappe med uttalelser fra leger eller psykologer faller klart inn under definisjonen. Det gjør også opplysninger om sykdom som nevnt i eksempel B, i tillegg vil i utgangspunktet for eksempel opplysninger om konfirmasjonsundervisning omfattes, jfr. ”religiøs oppfatning”.

Dersom det konstateres at de opplysningene som skal behandles, herunder publiseres, er sensitive kreves det som sagt at et av vilkårene i § 8 er oppfylt, i tillegg til et av vilkårene i § 9. Det mest aktuelle tilleggsvilkåret for avhandlingens tema er § 9 første alternativ; krav om samtykke. Som tidligere drøftet er samtykke det mest aktuelle rettslige grunnlaget for behandling av personopplysninger etter § 8 også. Kravet til samtykke etter § 9 må forstås slik at det kreves eksplisitt samtykke til bruk av de sensitive opplysningene.¹³⁷ Ut over dette stilles de samme krav til samtykket etter § 9 som etter § 8, dog slik at kravene må tilpasses de sensitive opplysningene.

Utover samtykkekravet kan sensitive personopplysninger behandles dersom det foreligger lovhjemmel for slik behandling eller behandlingen omfattes av oppstilte alternative vilkår i bestemmelsen. Det er imidlertid ingen av disse som er aktuelle for avhandlingens tema.

Et forhold som potensielt kan ha stor betydning, er kravet om konsesjon fra Datatilsynet for å behandle sensitive personopplysninger, jfr. personopplysningsloven § 33 første ledd første punktum. Reglene om konsesjonsplikten er en del av personopplysningslovens hoveddel og kommer derfor kun til anvendelse på behandling som ikke faller inn under §§ 3 og 7.

Etter drøftelsen i kapittel 1.3 er det først og fremst eksempel C om familiebloggen og til viss grad eksempel B om Facebook som ikke er unntatt lovens virkeområde helt eller delvis. I disse tilfellene vil publiseringen av de sensitive personopplysningene om barn i

¹³⁷ Johansen m.fl. (2001) side 106

utgangspunktet være konsesjonspliktig etter ordlyden i § 33. Konsesjonsplikten gjelder likevel ikke dersom personopplysningene er avgitt uoppfordret.

Spørsmålet er om de sensitive opplysningene foreldrene publiserer i disse tilfellene må anses for å falle inn under dette unntaket. Så vidt jeg har klart å finne, er det ingen praksis verken fra domstolene eller personvernemnda som går på denne problemstillingen. Det er også lite veiledning i forarbeider og litteratur. Reglene om konsesjonsplikt gjelder først og fremst virksomheter som bruker sensitive personopplysninger om andre. Det var opprinnelig et forslag om at den kun skulle gjelde bruk av sensitive personopplysninger for det formål å treffe enkeltavgjørelser. Dette ble sløffet for å få en bredere konsesjonsplikt som også skulle omfatte forskningsformål og lignende.¹³⁸ Familieblogger faller klart ikke inn under den typen behandlingsformål man ønsket å omfatte. Unntaket om uoppfordret ble inntatt for å begrense konsesjonsplikten for enkeltvis og mer tilfeldig behandling av sensitive personopplysninger. Henvendelser fra privatpersoner med spørsmål til virksomheter ble nevnt som eksempel. Dette formålet bør kunne ha overføringsverdi til behandling i familieblogger, slik at disse også er unntatt konsesjonsplikt. Hensynet til ytringsfriheten trekker i samme retning. I følge forarbeidene er hensynet til ytringsfriheten ivarettatt gjennom § 7.¹³⁹ Da disse ble skrevet var det imidlertid antatt at slik publisering som i eksempel C ville være ”privat” og dermed unntatt lovens hoveddel. Uavhengig av publiseringen er i overensstemmelse med de personvernrettslige reglene er det problematisk å underlegge den forhåndskontroll. Jeg konkluderer dermed at det ikke følger konsesjonsplikt etter § 33 for slik behandling som omtalt i eksemplene.

For de tilfellene publisering er unntatt konsesjonsplikt er det antatt at tilleggskravene for behandling av personopplysninger etter § 9 fremdeles kommer til anvendelse.¹⁴⁰

¹³⁸ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 60

¹³⁹ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 128

¹⁴⁰ Bing (2008) side 187

4 Barns personvern etter straffeloven

4.1 Generelt

I tillegg til personopplysningsloven, har også straffeloven regler som omhandler personvernet. Disse reglene gjelder fullt ut uavhengig av om personopplysningsloven kommer til anvendelse eller ikke.¹⁴¹ Straffeloven inneholder regler om ærekrenkelser, som det er naturlig å kategorisere som personvernbestemmelser, og regler om krenkelse av privatlivets fred. For avhandlingens tema er det bestemmelsen om privatlivets fred som er de mest aktuell og som vil bli behandlet i det følgende. Jeg ser først på vernet etter gjeldende rett. Den aktuelle bestemmelsen er straffeloven § 390. Etterpå ser jeg nærmere på hvordan vernet ser ut til å bli etter den nye straffeloven. I den nye straffeloven (i det følgende ofte omtalt som straffeloven 2005) er det § 267 som er den aktuelle bestemmelsen. Loven er vedtatt, men ikke trådt i kraft. Det er ikke klart når det vil skje.¹⁴²

4.2 Gjeldene rett – straffeloven § 390

4.2.1 Innledning

Etter straffeloven § 390 kan den som krenker privatlivets fred, gjennom offentlige meddelelser om personlige eller huslige forhold straffes med bøter fengsel i inntil 3 måneder. Bestemmelsen lyder som følger:

§ 390. Med bøter eller fengsel inntil 3 måneder straffes den som krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold.

§§ 250 og 254 får tilsvarende anvendelse.

Er forseelsen forøvet i trykt skrift, kan inndragning besluttes i samsvar med § 38.

Offentlig påtale finner bare sted når det begjæres av fornærmede og finnes påkrevet av almene hensyn.

For avhandlingens tema er spørsmålet om foreldres publisering av personopplysninger om barn på internett innebærer et brudd på straffeloven § 390.

¹⁴¹ Schartum og Bygrave (2003) side 128

¹⁴² Se for eksempel Rt. 2009 side 1412 avsnitt 35 og

<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.6951682>

Det første som må tas stilling til er om barn er beskyttet av bestemmelsen. I følge lovkommentaren må det anses som sikker rett at bestemmelsen beskytter alle levende personer – inkludert barn.¹⁴³ Dette er også naturlig ut ifra bestemmelsens ordlyd og lovens system. Det har vært problematisert i litteraturen om blant annet barns privatliv kan krenkes.¹⁴⁴ Lovteksten gir ingen holdepunkter for å tolke den slik at barn ikke kan krenkes, og en slik antagelse mener jeg ikke er holdbar. Videre trekker BK artikkel 16 i samme retning.

Etter dette er vurderingstemaet hva slags opplysninger som omfattes av straffebudet. I følge ordlyden er det ”meddelelser om personlige eller huslige forhold” som *krenker* privatlivets fred som det oppstilles straffeansvar for. Dette innebærer at ikke alle meddelelser om personlige eller huslige forhold omfattes - det er oppstilt et rettsstridskrav i tillegg. Jeg behandler hva som må omfattes av personlige og huslige forhold først.

4.2.2 ”Private og huslige forhold”

Det er ingen definisjon av ”private og huslige forhold” i straffeloven, og det er heller ikke et begrepspar som er utpreget vanlig i dagligtalen. De fleste har nok en formening om hva de legger i personlig forhold, huslig er derimot mindre vanlig. En vanlig språklig forståelse av begrepene leder tanken inn på opplysninger om person og hjem. I den rettspraksisen som foreligger har det som regel ikke vært spørsmålet om opplysningene er av personlig eller huslig art som har vært stridstemaet. I følge min søken etter rettspraksis på lovdata og i litteraturen, er det som regel spørsmålet om meddelelsen om personlige og huslige forhold *krenker* privatlivets fred, som har vært hovedvurderingstema for dommerne.

Av den relevante praksisen jeg har funnet, er det én høyesterettskjennelse hvor det kun er hva som omfattes av ”personlig eller huslig” som var stridstema, nemlig Rt. 1915 side 32 ”Papirindustri-dommen”. I kjennelsen uttalte Høyesterett at:

¹⁴³ Mæland i *Straffeloven kommentarutgave del 3 forseelser* (1998) side 219

¹⁴⁴ Tokvam (1995) side 39-40

”[i]kke alene arten av en persons arbeide, men ogsaa hans arbeidsstilling hører med til hans ”personlige forhold” ”

Foranledningen var Vestfold arbeiderblads publisering av en liste med navn på streikebrytere under en streik ved en fabrikk i Tønsberg. Retten tok ikke stilling til om denne publiseringen var rettsstridig, kun om opplysningene var å anse som personlig og huslige, noe retten konkluderte med at de var. Denne kjennelsen gir imidlertid ikke mye veiledning for de opplysningene som er aktuelle for denne avhandlingen.

Selv om hva som må anses som ”personlige eller huslige forhold” ikke har vært hovedstridstema i de dommene som foreligger rundt § 390, gir de i alle disse sakene veiledning til hvilke opplysninger som omfattes, da det er konstatert at opplysningene faller inn under definisjonen av personlige og huslige forhold før retten har gått videre for å vurdere rettsstridskravet. I ”Big brother dommen” fra 2007¹⁴⁵ uttalte førstvoterende følgende om denne vurderingen:

”Det må først vurderast om det er tale om opplysningar som gjeld privatlivets fred, med andre ord om det er tale om personlege opplysningar som objektivt sett har ein viss grad av sensitivitet”.¹⁴⁶

I denne saken hadde Se og Hør publisert flere artikler om samlivet og et mulig brudd mellom to tidligere deltakere i et realityprogram. Høyesterett konstaterte at opplysninger om relasjoner mellom mennesker, herunder ekteskap, samliv og eventuelt brudd klart faller inn under definisjonen.¹⁴⁷ I den såkalte ”Platadommen”¹⁴⁸ fra 2008 var stridstemaet NRKs visning av bilder fra overvåkingskamera fra Oslo sentralbanestasjon og området rundt som er kjent som ”Plata”. Bildene viser en mann og hans fire år gamle stedatter bakfra med en politimann på hver side. Jentas sideprofil er synlig en kort stund. Det fremkommer av

¹⁴⁵ Rt. 2007 side 687

¹⁴⁶ Rt. 2007 side 687 avsnitt 59

¹⁴⁷ Rt. 2007 side 687 avsnitt 61

¹⁴⁸ Rt. 2008 side 489

kommentaren til bildene at mannen er blitt pågrepet for å ha kjøpt heroin på området sammen med stedatteren på fire år. Høyesterett kom til at tv-sekvensen måtte antas å gripe inn i privatlivets fred. Begrunnelsen for denne konklusjonen var at selv om sekvensen viste en pågripelse for et straffbart forhold, var det ikke det som var hovedfokuset til innslaget. Den ”fortrolige relasjonen mellom A og stedatteren” som ble formidlet var av klart personlig karakter og dermed omfattet av § 390.

Videre kan det nevnes at i ”Bryllupsfotodømmen” fra 2008 ble tekst og bilder fra et bryllup med opplysninger om antrekk, gjester og lignende ansett for å omfattes av ”personlige og huslige forhold”.¹⁴⁹ Til slutt ønsker jeg å trekke frem en dom avsagt 2. mars 2010.¹⁵⁰ I denne saken hadde en forfatter av en lokalhistorisk bok inkludert opplysninger om sitt eget bryllup, samliv og skilsmisse. I passasjen om samlivet kom forfatteren med opplysninger om sin tidligere kones økonomiske sans og lignende opplysninger om hennes karakter. Dette ble også ansett som en meddelelse om personlig og huslige forhold.

Denne oversikten gir ikke noen uttømmende veiledning for hva som må anses som ytterpunktene for personlige og huslige. Personlige relasjoner og atferdsmønstre faller klart inn under definisjonen. I litteraturen pekes det på at private opplysninger som omhandler temaer som det er naturlig og definere som personlige, eller ”som hører hjemmet til” omfattes.¹⁵¹

Etter dette er det naturlig å konkludere med at det ikke er mulig på generelt grunnlag å trekke noen klare grenser for hva som omfattes av ”personlig og huslige forhold”, men at de fleste opplysningene som går på en persons privatliv og husvære omfattes. For avhandlingens tema kan det konstateres at opplysninger om barns helse, hvordan barnet oppfører seg i familien, hvordan barnet har det hos foreldre eller fosterforeldre og generell

¹⁴⁹ Rt. 2008 side 1089

¹⁵⁰ HR-2010-390-A

¹⁵¹ Se for eksempel Schartum og Bygrave (2003) side 240

informasjon om barnets karakter (for eksempel om det er pysete, rotete eller kranglete) må sies å omfattes. Dermed vil de fleste, om ikke alle de opplysningene som er nevnt i eksempel A til F falle inn under definisjonen av private og huslige forhold.

4.2.3 "Krenke privatlivets fred"

Det er som tidligere nevnt, ikke tilstrekkelig å konstatere at opplysningene som er fremsatt omhandler personlige og huslige forhold. Straffebudet oppstiller et vilkår om at meddelelsen av disse opplysningene må krenke privatlivets fred på en rettstridig måte. I Rt. 1958 s 1259 er det slått fast at:

"spørsmålet om en offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold inne bærer en straffbar krenkelse av privatlivets fred, må avgjøres etter en konkret vurdering."¹⁵²

Denne konkrete vurderingen må bestå av en totalvurdering av formidlingen i lys av kontekst og situasjon.¹⁵³ Opplysningene må videre som hovedregel ha en viss grad av sensitivitet.¹⁵⁴ Kravet om at krenkelsen må være rettsstridig innebærer videre at den konkrete totalvurderingen også må inneholde en avveining mellom hensynet til personvernet og hensynet til ytringsfriheten.¹⁵⁵ Denne avveiningen må gjøres i samsvar med EMK artikkel 8 om rett til privatliv og EMK artikkel 10 om retten til ytringsfrihet, som begge er gjort til norsk rett med forrang gjennom menneskerettighetsloven.¹⁵⁶ I "Big brotherdommen" henvises det til den tidligere omtalte EMD avgjørelsen *von Hannover mot Tyskland* i den konkrete avveiningen mellom ytringsfriheten og retten til privatliv. Det blir

¹⁵² Side 1261 og 1262 i dommen

¹⁵³ Rt. 2007 side 687 avsnitt 57 med henvisning til Mæland i *Straffeloven kommentarutgave tredje del forseelser* (1998) side 222

¹⁵⁴ Rt. 2007 side 687 avsnitt 59

¹⁵⁵ Rt. 2007 side 687 avsnitt 57 med henvisning til Mæland i *Straffeloven kommentarutgave tredje del forseelser* (1998) side 222

¹⁵⁶ Rt 2007 side 687 avsnitt 61 og 69

trukket frem at det er innenfor samfunnsdebatten at ytringsfriheten har en særlig gjennomslagskraft, og da særlig bidrag til samfunnsdebatten som er i allmenn interesse.¹⁵⁷ Som det ble vist under drøftelsen i kapittel 2.2.3 kan det ikke stilles opp et krav om at alle ytringer skal være saklige bidrag til samfunnsdebatten. Særlig personer med en offentlig funksjon må akseptere en snevrere beskyttelse av privatlivet. For denne avhandlingen er det imidlertid ikke offentlige personer som er den potensielt krenkede, og Høyesterett slo i avsnitt 72 fast at:

”når det gjeld publisering om personlege forhold og då ikkje minst slikt som gjeld heilt private relasjonar mellom to personar som ikkje har posisjonar i politikk eller samfunnsliv, er ein klart utanfor det området som reglane om ytringsfriheit siktar på å regulere”.

I slike tilfeller må personvernet veie tyngre enn ytringsfriheten.¹⁵⁸

Det kan imidlertid ikke, ut ifra det overstående konkluderes med at personvernet alltid må gå foran i saker hvor den omtalte ikke er en offentlig person. I den tidligere omtalte ”Platadommen” var de to omtalte ukjente personer, men de ble i liten grad identifisert og viktigst: det var tale om et spørsmål ”av vesentlig samfunnsmessig betydning, og saken hadde stor offentlig interesse”. I denne saken ble det ikke konstatert rettsstrid.

Dette kunne igjen tilsi at en omtale er rettsstridig dersom en person ikke kan betraktes som offentlig og personen ikke er i en situasjon av allmenn interesse. En slik konklusjon kan heller ikke trekkes da det er flere momenter som kan være aktuelle i en avveining mellom personvern og ytringsfrihet og ved rettsstridsvurderingen. I HR-2010-390-A, som er omtalt over og som gjelder omtale av en tidligere ektefelle i en lokalhistorisk bok, var det verken snakk om offentlige personer eller en sak av allmenn interesse. Likevel ble det konstatert at det ikke forlån rettsstrid. Høyesterett avviste eksplisitt at ytringsfriheten kun er relevant ved meddelelse av opplysninger om personer i samfunnslivet og i politikken. I slike situasjoner

¹⁵⁷ Rt. 2007 side 687 avsnitt 72

¹⁵⁸ Rt. 2007 side 687 avsnitt 74

har ytringsfriheten særlig slagkraft, men den er relevant også i andre sammenhenger, som for eksempel ved en lokalhistorisk bok.¹⁵⁹ I slike lokalhistoriske fremstillinger har personomtaler og karakteristikkene en viktig plass, noe det må tas høyde for i rettstridsvurderingen.¹⁶⁰ Det ble også uttalt at den tidligere ektefellen ikke hadde noe krav på beskyttelse mot å bli omtalt sin eksmanns bok om livet på gården.

Andre aktuelle momenter som må veies i totalvurderingen er i tillegg til de tidligere omtalte, hvor nærgående og intime opplysningene er.¹⁶¹ Videre vil det være av betydning om opplysningene allerede er kjent,¹⁶² selv om det som utgangspunkt ikke kan fritas.¹⁶³ Det kan også være et relevant moment om opplysningene er positive, negative eller på grensen til det sjikanøse, selv om dette ikke kan være avgjørende.¹⁶⁴ ¹⁶⁵ Det at den omtalte selv føler seg krenket kan heller ikke være et avgjørende moment, det må anvendes en objektiv norm.¹⁶⁶

Etter dette kan det slås fast at det ved rettstridsvurderingen må en bred helhetsvurdering til. I denne vurderingen er det særlig de motstående hensynene personvern og ytringsfrihet som må balanseres mot hverandre. Hvor sterk vekt man skal legge på det ene hensynet på bekostning av det andre varierer ut ifra de momentene som er beskrevet over.

¹⁵⁹ HR-2010-390-A avsnitt 59 og 60

¹⁶⁰ HR-2010-390-A avsnitt 60 og 66

¹⁶¹ HR-2010-390-A avsnitt 56

¹⁶² HR-2010-390-A avsnitt 66

¹⁶³ Mæland i *Straffeloven kommentarutgave tredje del forseelser* (1998) side 225

¹⁶⁴ HR-2010-390-A avsnitt 65

¹⁶⁵ Dersom det er snakk om ærekrenkelser kan som tidligere nevnt også andre straffebud være aktuelle.

¹⁶⁶ HR-2010-390-A avsnitt 58 med videre henvisning til Rt. 1960 side 1147

Å legge ut videobilder av et barn som blir hentet fra foreldrene som i eksempel C, må i utgangspunktet anses som en grov krenkelse av dette barnets personvern. Opplysningene er helt klart av sensitiv og intim karakter. Videre er opplysningene av negativ art, og kan fremstå som svært belastende for det aktuelle barnet. Barnet er ikke en offentlig person i samfunnet som etter omstendighetene må tåle et svakere personvern (det er forøvrig høyst tvilsomt på grensen til utenkelig om et barn kan omfattes av denne kategorien). Det må som hovedregel antas at en slik video heller ikke bidrar til en offentlig debatt av allmenn interesse. Hvordan et konkret barn opplever å bli hentet fra sine foreldre kan etter mitt skjønn ikke anses å være i allmenn interesse. Det kan anføres at slike videoer kan skape debatt om hvordan slike hentinger gjennomføres, og barnevernsordningen generelt og dermed bidra til en samfunnsdebatt rundt dette. Etter mitt skjønn må imidlertid hensynet til barnets personvern her veie tyngre, da det etter en helhetsvurdering fremstår svært belastende å oppleve slik publisering. En slik debatt må også antas å kunne ivaretas like godt med anonymiserte bilder.

Det samme må i hovedsak gjelde slik publisering som i eksempel E (kampside) og eksempel F (barnefordeling). Eksempel F, som gjelder en dispuTT med den andre forelderen, er også noe som svært sjeldent kan bidra med noe i den offentlige debatten. Enkelte foreldre vil muligens i slike tilfeller hevde at slik publisering ikke kan være rettsstridig ut ifra nødrettsbetraktninger og at barnet står i fare for å bli misbrukt seksuelt. Jeg forfølger ikke dette argumentet videre.

For meddelelser som i eksempel C stiller saken seg litt annerledes. Uskyldige og lite utleverende opplysninger som for eksempel ”i dag gikk vi søndagstur” kan ikke karakteriseres som krenkede. Opplysningene har ikke den sensitiviteten som bestemmelsen skal beskytte. Skulle det imidlertid publiseres opplysninger som må anses som sensitive vil det kunne konstateres rettsstridig krenkelse også i tilfeller som omfattes av eksempel C.

4.2.4 Offentlig meddelelse

Til slutt må det vurderes hva som ligger i ”offentlig meddelelse” da det er denne formen for meddelelse som omfattes av straffebudet. Det er etter det som er vist over, klart at opplysningene kan meddeles blant annet gjennom tekst, fotografier og levende bilder. Vurderingstemaet er når man gjennom disse uttrykksformene har meddelt noe offentlig. Det vil for de fleste være naturlig å kategorisere meddelelser på åpne internettsider som offentlig. Begrepet er imidlertid legaldefinert i straffeloven § 7, og offentlighetskravet i § 390 må vurderes ut ifra denne definisjonen.¹⁶⁷

I følge § 7 annet ledd er en handling ”forøvet offentlig” når:

”den er forøvet ved Udgivelse af trykt Skrift eller i Overvær af et større Antal Personer eller under saadanne Omstændigheder, at den let kunde iagttages fra et offentligt Sted og er iagttaget af nogen der eller i Nærheden værende”.

Det relevante spørsmålet for avhandlingens tema er om publisering på internett kan anses for å omfattes av denne definisjonen. Dette er et spørsmål det hersker stor usikkerhet rundt. I og med at internett ikke eksisterte da bestemmelsen ble inntatt, er det ingen veiledning i forarbeidene. I litteraturen er det ulike oppfatninger og få som har konkludert. Gjennomgående blir spørsmålet ansett som vanskelig, og en positiv konklusjon ansett som tvilsomt.

I litteraturen har spørsmålet tidligere blitt vurdert ut ifra alternativet ”trykt Skrift”, men jeg mener at det vil være mer naturlig å vurdere meddelelser på internett ut ifra alternativet ”i overvær av et større antall personer” og jeg drøfter av plasshensyn ikke ”trykt Skrift” nærmere.¹⁶⁸ Dette begrunner jeg i at det er sikker rett at TV-sendinger faller inn under

¹⁶⁷ Schartum og Bygrave (2003) side 240

¹⁶⁸ For en nærmere redegjørelse i favør av denne hjemmelen se Tokvam (1995) side 75-80. Motsatt i Mæland i *Straffeloven kommentarutgave tredje del forseelser* (1998) side 220

denne definisjonen, selv om en slik konklusjon ikke er åpenbar ved tolkingen av lovteksten.¹⁶⁹

Dermed er det relevant å se på hva som skiller TV-mediet fra internett og som eventuelt kan lede til et annet tolkingsresultat for meddelelser på internett. I litteraturen er det lagt blitt lagt vekt på samtidigheten ved TV-sendingene,¹⁷⁰ det at mange personer følger meddelelsen samtidig. Dette argumentet har med den nye teknologien mistet litt av sin gyldighet, ettersom opptaksfunksjoner og stadig flere kanaler innebærer at TV-sendinger ikke nødvendigvis overværes samtidig. Et annet viktig moment i mot er Høyesteretts uttalelse i Rt. 1977 side 749 som blant annet gjaldt visning av utuktige filmer i en privat ”sexklubb”. Et av stridstemaene var om visningen kunne anses som offentlig. På side 752 uttaler Høyesterett følgende:

”Klubbens lokaler var ikke store og mange tilskuere var vel ikke til stede samtidig under fremvisning av filmene som foregikk « non stop ». Men retten anser filmfremvisningen som en fortsatt virksomhet, og hensett til det oppgitte medlemstall antar retten at fremvisningen over tid ble overvært av et større antall personer. Under disse omstendigheter finner retten at de avholdte filmfremvisninger må betraktes som offentlige”.

Det kan anføres at en meddelelse på internett er en slik ”non stop” meddelelse. Den ligger alltid tilgjengelig med mindre man skulle fjerne videoen fra for eksempel YouTube, eller slette blogginnlegget. Dette er ikke noe andreledes enn om man skulle aktivt stoppe en slik kontinuerlig filmvisning som er nevnt i dommen. Det er blitt anført mot internett at det ofte må en større innsats til for å hente ut opplysninger, enn det som er tilfellet ved en TV-

¹⁶⁹ Se Mæland i *Straffeloven kommentarutgave tredje del forseelser* (1998) side 220 hvor dette konstateres uten at det problematiseres. I ”Platadommen” var meddelelsesformen for den omstridte videoen en TV-sending. Spørsmålet om § 390 kunne kommet til anvendelse på en slik meddelelse ble forutsatt uten at spørsmålet ble berørt.

¹⁷⁰ Tokvam (1995) side 73

sending. Men i forhold til det å oppsøke en privat klubb, kan ikke en åpen internettside anses for å være mindre tilgjengelig.

Et annet argument som kan anføres mot internett, er at en meddelelse her lett vil kunne ”drukne” i alt det andre man kan finne der. Et slikt argument kan etter min mening ikke føre frem. Det er klart at man kan finne mye mer på internett enn det man har tilgang til gjennom TV-kanaler, men det kommer også stadig flere TV-kanaler, og faren for å ”drukne” der også er tilstede. Videre ser vi et stadig tettere bånd mellom TV og internett. De fleste TV-kanaler har sin egen nettside hvor de til en viss grad legger ut TV-sendingene og eventuelt ”bakom-stoff”. Dermed er internett også blitt en mer integrert del av en TV-formidling.

Videre er det klart at en meddelelse på internett har et mye større spredningspotensial enn det et hjemmetrykket blad eller en regulær TV-sending har. Dermed kan en meddelelse på internett også ha ditto større krenkelsespotensial. Internett er blitt en offentlig arena i folks bevissthet og både offentlige myndigheter og bedrifter bruker internett for å profilere seg og å nå ut til offentligheten. Dermed er det tunge reelle hensyn, i tillegg hensynet til lovens system, som tilsier at internett må omfattes av offentlighetsdefinisjonen i straffeloven § 7. Vi er riktignok på straffelovens område, og legalitetsprinsippet stiller strenge krav til klar lovhjemmel for å kunne ilegge straff. Jeg mener imidlertid at det ikke er noe mindre klar lovhjemmel for internett enn det er for TV, og som klart er omfattet. Etter min mening må meddelelser på internett derfor mest sannsynlig omfattes av straffebudet i § 390.

Etter gjeldende rett vil ikke alle meddelelser på internett omfattes. Det er et krav om ”et større antall personer” overværer meddelelsen. Dette er gjennom rettspraksis blitt ansett for

å være rundt 20 personer.¹⁷¹ Hvorvidt så mange har fått med seg meddelelsen på internett vil være et bevissspørsmål, som det normalt ikke vil være vanskelig å avklare.¹⁷²

4.3 Straffeloven 2005 § 267

Den nye straffeloven¹⁷³ viderefører forbudet mot krenkelse av privatlivets fred etter straffeloven av 1902 § 390, med noen endringer.

Rent lovteknisk videreføres forbudet mot krenkelse av privatlivets fred i en bestemmelse som også viderefører reglene om ærekrenkelser i straffeloven av 1902 §§ 250 og 254. Den nye bestemmelsen er inntatt i kapittel 24 om ”vern av den personlige fred og frihet”.

Bestemmelsen har fått paragrafnummer 267 og lyder som følger:

§ 267. Krenkelse av privatlivets fred

Den som gjennom offentlig meddelelse krenker privatlivets fred, straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse på den som bare har deltatt ved teknisk bistand eller distribusjon av et blad eller tidsskrift produsert i riket. Tilsvarende gjelder for kringkastingssendinger.

Straff etter første ledd kan bortfalle dersom meddelelsen var fremkalt av den fornærmede selv ved utilbørlig atferd, eller meddelelsen er blitt gjengjeldt ved en krenkelse av privatlivets fred eller en kroppskrenkelse.

En vesentlig endring er at strafferammen heves fra bot eller fengsel i inntil tre måneder, til bot eller fengsel i inntil ett år. Hevingen av strafferammen innebærer at også forsøk, i motsetning til i dag, blir straffbart jfr. straffeloven 2005 § 16. Etter den nye straffeloven § 15 er medvirkning straffbart med mindre noe annet følger av det enkelte straffebud. I straffeloven 2005 § 267 annet ledd, er visse handlinger unntatt medvirkningsansvar, ut over det som er listet opp her, er også medvirkning straffbart. Dette er også en endring fra

¹⁷¹ Matningsdal i *Straffeloven kommentarutgave første del almindelige bestemmelser* (2003) side 35 med henvisning til henholdsvis Rt. 1995 side 305 (variasjon) og Rt. 1980 side 48 (rundt 20 personer).

¹⁷² Internettjenester som YouTube har for eksempel visningsteller.

¹⁷³ lov 20. mai 2005 nummer 28 om straff

tidligere.¹⁷⁴ Presiseringen om at det er meddelelser om ”personlige og huslige forhold” som er omfattet av straffebudet, er sløyfet i den nye bestemmelsen. I følge forarbeidene skal ikke denne språklige endringen innebære noen realitetsendring.¹⁷⁵ Ellers er det fremdeles krav om at den offentlige meddelelsen må ”krenke” privatlivets fred. Rettsstridsvurderingen fra gjeldene rett videreføres dermed i den nye straffeloven. I den forbindelse har følgende passasje i forarbeidene stor interesse for avhandlingens tema:

”Bestemmelsen kan etter omstendighetene også få anvendelse på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett, for eksempel foranlediget av en barnevernssak”¹⁷⁶

Dette må anses for et klart signal fra lovgiver om at visse meddelelser fra foreldre, og da særlig de som man har sett i forbindelse med barnevernssaker, vil måtte kunne anses for rettsstridige. Dette er et moment som bør legges vekt på i avveien av personvernet til barnet og ytringsfriheten til foreldrene. Høyesterett må imidlertid selvfølgelig også følge de retningslinjene EMD har gitt.

I forhold til de oppstilte eksemplene vil det være trolig at eksempel D (YouTube), eksempel E (aksjonsside) og eksempel F (konflikt mellom foreldre) som i visse tilfeller måtte anses som i strid med § 267 dersom man skal legge vekt på uttalelsen i forarbeidene.

En ytterligere endring med den nye straffeloven som har innvirkning for avhandlingens tema, er hvordan ”offentlig” skal forstås. Den nye legaldefinisjonen er inntatt i straffeloven 2005 § 10. I følge bestemmelsen er et budskap fremsatt offentlig når ”budskapet er fremsatt på en måte som gjør det egnet til å nå et større antall personer”. Dermed er det ikke spesifikke formidlingsformer som omfattes, som tidligere, men en egnethetsvurdering. ”Et større antall personer” skal i følge forarbeidene forstås på samme måte som den som er

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 5.11

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) kommentar til §267 side 424 og 425

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) side 425

utviklet gjennom rettspraksis etter § 7, nemlig rundt 20 personer.¹⁷⁷ Etter den nye bestemmelsen er det ikke noe krav om at så mange faktisk har fått med seg budskapet, det avgjørende er at formidlingsformen er *egnet* til at så mange kan gjøre det.¹⁷⁸

Dermed er det utvilsomt at rettstridig krenkede meddelelser på åpne internettsider er omfattet av forbudet i straffeloven 2005 § 267. Dette følger for det første av en naturlig språklig forståelse av ordlyden.¹⁷⁹ Videre er også åpne internettsider nevnt som eksempel på formidlingsmåte som omfattes i forarbeidene.¹⁸⁰ Dermed vil dagens usikkerhet rundt internettformidling forsvinne, og det vil heller ikke være nødvendig å føre bevis for at ”et større antall personer” faktisk har fått med seg meddelelsen. Det er tilstrekkelig å vise til at meddelelsen er egnet til å nå så mange personer. Som hovedregel vil all publisering på internett oppfylle dette kravet, med mindre det er en lukket internettside som i eksempel A.

En siste viktig endring er at med den nye straffeloven faller ordningen med påtalebegjæring fra fornærmede faller bort. Regelen tas ut av straffeloven og spørsmålet om påtale reguleres da av ny bestemmelse i straffeprosessloven.¹⁸¹ § 62 a.¹⁸²

¹⁷⁷ Kapittel 4.2.4 og note 171

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 164

¹⁷⁹ Må jeg ha henvisning til Helgesen eller lignende her evt metodekap.

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 409

¹⁸¹ Lov 22. mai 1981 nummer 25 om rettergangsmåten i straffesaker

¹⁸² Jfr. lov 19 juni 2009 nr.74 endringslov til straffeloven 2005 punkt 106.

5 Barns personvern etter åndsverksloven § 45c

5.1 Innledning

Åndsverksloven § 45c er en personvernrettslig bestemmelse som beskytter den avbildede mot å få et fotografi av seg selv spredt uønsket. Bestemmelsen er i stor grad lik den tidligere fotografiloven § 15 og rettspraksis og litteratur tilknyttet denne bestemmelsen vil derfor fremdeles kunne være aktuell ved tolkingen av åndsverksloven § 45c.

5.2 Beskyttelsen av den avbildede

Den avbildede er beskyttet mot uønsket spredning av bilder ved at det er stilt opp en hovedregel om samtykke fra den eller de som figurerer på bildet. Bestemmelsen lyder som følger:

§ 45c. Fotografi som avbilder en person kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, unntatt når

- a) avbildningen har aktuell og allmenn interesse,
- b) avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet,
- c) bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse,
- d) eksemplarer av avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og den avbildede ikke nedlegger forbud, eller
- e) bildet brukes som omhandlet i § 23 tredje ledd eller § 27 andre ledd.

Vernet gjelder i den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår.

Innledningsvis kan det slås fast at det med ”fotografi som avbilder en person” for det første menes stillbilder som viser en person. Det må i tillegg antas at levende bilder omfattes.¹⁸³

Videre kan det konstateres at publisering på internett omfattes av ”gjengis eller vises offentlig”.¹⁸⁴ Det kan imidlertid stilles spørsmål om all publisering på internett omfattes. Dersom bildene publiseres som i eksempel A (fotoalbum med adgangskontroll) må det

¹⁸³ Jongers (2006) side 23-25 og Galtung (1991) side 86 og 87

¹⁸⁴ Galtung (1991) side 91

trolig sidestilles med fremvisning av alminnelige album. Slik fremvisning omfattes ikke av bestemmelsen.¹⁸⁵

Etter dette er det samtykkevurderingen som står sentralt, og spørsmålet er hvordan denne blir når den avbildede er et barn. Dette er verken berørt i lovteksten eller i forarbeidene. Det naturlige da er å se på hovedregelen i barneretten for samtykke på vegne av barn. Samtykke til bruk av et fotografi etter åndsverksloven må i alminnelighet anses for å falle inn under personlig forhold, og samtykkekompetansen må dermed ligge under foreldreansvaret etter hovedreglen i barneloven § 30, med de begrensningene som følger av samme lov.¹⁸⁶ Samtykkevurderingen blir derfor lik den man må foreta etter personopplysningsloven og jeg viser til drøftelsen i kapittel 3.5

En forskjell mellom personopplysningsloven og åndsverksloven er at kravet til samtykke etter personopplysningsloven gjelder *før* innsamling og behandling av personopplysninger, mens kravet til samtykke etter åndsverksloven gjelder *etter* at det foreligger et fotografi, men før det gjøres offentlig tilgjengelig. Det er til tross for denne forskjellen i hovedsak de samme hensynene som gjør seg gjeldende, og vurderingen av foreldres samtykkekompetanse i kapittel 3.5 vil derfor være overførbar til samtykkekompetansen i dette tilfellet.

Dersom det ikke foreligger samtykke, kan et bilde kun gjengis offentlig dersom et av de alternative rettslige grunnlagene som nevnt i åndsverksloven § 45c bokstav a til e er oppfylt. Etter bokstav c vil for eksempel bilder av barn i 17. mai og kunne publiseres uten samtykke. Dette vil kunne være en aktuell hjemmel for noen av publiseringene i eksempel B (Facebook) og C (familieblogg).

¹⁸⁵ Galtung (1991) side 91

¹⁸⁶ Se Galtung i Gyldendals rettsdata note 98 til åvl og Jongers (2006) side

Videre kan et bilde gjengis offentlig uten samtykke dersom avbildingen har aktuell og allmenn interesse, jfr. bokstav a. Det kan stilles spørsmål om publiseringen i eksempel D (YouTube) og D (aksjonsside) kan omfattes av dette unntaket. For aksjonssidens vedkommende slik jeg har beskrevet den i eksempelet vil det måtte være mye tekst i tillegg til bilder. Da bestemmelsen kun gjelder fotografier har det etter min mening ingen hensikt å vurdere denne aksjonssiden opp mot bestemmelsen. For YouTube-videoen kommer ikke dette aspektet inn og vurderingstemaet blir dermed om en tvist med barnevernet kan falle inn under unntaket. Det er etter mitt syn tvilsomt da en konkret barnevernssak sjeldent har aktuell og allmenn interesse.

De øvrige alternative rettslige grunnlagene for å gjengi bilder offentlig er ikke direkte relevante for avhandlingens tema og jeg kommer følgelig ikke til å drøfte dem.

Etter dette er det samtykke som er eneste mulige rettslige grunnlag for offentlig gjengivelse av de aller fleste *bildene* som måtte fremkomme i eksempel B-F i kapittel 1.3.

6 Kort om det prosessuelle

6.1 På personvernlovens område

På personopplysningslovens område er Datatilsynet uavhengig ombud og kontrollorgan, jfr. personopplysningsloven § 42 første ledd siste setning. En av Datatilsynets oppgaver er å kontrollere at lover og forskifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt og at feil og mangler blir rettet.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Jfr. § 42 tredje ledd tredje punkt

Etter § 46 siste ledd har Datatilsynet myndighet til å gi pålegg om sletting av slike opplysninger. De har også en slettelseskompetanse etter § 27. tredje ledd. Tilsynet kan videre ilegge overtredelsesgebyr etter § 46 første og andre ledd og tvangsmulkt etter § 47.

For at Datatilsynet skal kunne gi pålegg om sletting eller ilegge økonomiske sanksjoner må behandlingen av personopplysningene være i strid med loven. Grunnkravene til behandling av personopplysninger følger av § 11. Faller behandlingen inn under enten § 3 kommer ikke loven til anvendelse i det hele tatt, og faller den inn under § 7 gjelder ikke grunnkravet i § 11. Dermed er resultatet i begge henseende at Datatilsynet ikke har myndighet til å gripe inn.

Det samme gjelder for personopplysningsloven § 28. Etter denne bestemmelsen kan den registrerte kreve at opplysninger som er ”sterkt belastende for ham eller henne skal sperres eller slettes” dersom dette ikke er i strid med annen lov og er forsvarlig ut ifra en helhetsvurdering. Den kommer ikke til anvendelse på behandling som er unntatt etter §§ 3 og 7.

Som drøftelsene i kapittel 3.2 og 3.3 har vist er det kun eksempel C om familiebloggen og til en viss grad eksempel B om Facebook som ikke faller inn under disse bestemmelsene. Eksempel D (YouTube), eksempel E (kampside) og eksempel F (barneforedelig), som alle kan sies å inneholde opplysninger som er ”sterkt belastende” omfattes ikke.

6.2 Strafferettslig

Det er oppstilt straffeansvar for overtredelse av straffeloven § 390 og åndsverksloven § 45c. Et annet spørsmål er hvordan barn skal nå frem som fornærmet etter straffeloven § 390 eller åndsverksloven § 45c. Etter straffeloven § 390 siste ledd finner offentlig påtale kun sted dersom fornærmede begjærer det og det finnes påkrevet av allmenne hensyn. For offentlig påtale etter åndsverksloven 45c kreves det enten begjæring av den fornærmede eller det må finnes påkrevd ut fra allmenne hensyn, jfr. åndsverksloven § 54 syvende ledd.

Dermed blir spørsmålet hvordan dette stiller seg når den fornærmede er under myndighetsalderen. Etter straffeloven § 78 er det innehaverne av foreldreansvaret som begjærer påtale dersom den fornærmede er under 18 år. Er det ingen som har foreldreansvaret, er det vergen som kan begjære påtale. Umyndige over 16 år kan selv begjære påtale jfr. første ledd siste punktum. I slike tilfeller har han eller hun denne retten ved siden av foreldrene sine, på den måten at både den umyndige og foreldrene kan begjære påtale uten samtykke fra de andre. Dersom den fornærmede er under 16 år er det kun innehaverne av foreldreansvaret evt. vergen som kan begjære påtale.

I de tilfellene som er aktuelle for avhandlingens tema er det imidlertid foreldrene enten alene eller sammen som er gjerningsperson. Etter straffeloven § 79 siste ledd har fylkesmannen da påtalekompetanse. Videre er det antatt i teorien at vergemålsloven § 15 om hjelpeverge kommer analogisk til anvendelse, og at settevergen også må ha påtalekompetanse ved siden av fylkesmannen.¹⁸⁸ Det kan stilles spørsmål om habilitetsreglene i vergemålsloven § 16 også må komme til anvendelse. Det vil få konsekvenser i forhold til om den ene forelderen kan være hjelpeverge i en sak som eksempel F.

Dermed er det kun barn over 16 som selv kan begjære påtale etter straffeloven § 390 og åndsverksloven § 45c. Er barnet under denne alderen er det avhengig av begjæring fra fylkesmannen eller eventuelt fra en hjelpeverge.

7 Avsluttende bemerkninger

Som det ble nevnt innledningsvis er det personopplysningsloven som inneholder hovedreglene for behandling av personopplysninger. Drøftelsene har imidlertid vist at

¹⁸⁸ NOU 2006:10 side 44 og Huseby i *Straffeloven kommentarutgave første del almindelige bestemmelser* (2003) side 626

lovens hoveddel sjeldent kommer til anvendelse på den type behandling som er omtalt i de oppstilte typeeksemlene i kapittel 1.3. Dermed er det straffeloven som står for det reelle vernet av barns personopplysninger i slike tilfeller. Dersom min konklusjon om at § 390 må komme til anvendelse på meddelelser på internett ikke står seg, har det derfor store konsekvenser. Man er da i realiteten uten noen særlig regulering av publisering som beskrevet i eksemplene. Med unntak for eksempel C og delvis eksempel B som reguleres av personopplysningsloven, vil det kun være åndsverksloven § 45c som setter skranker for publisering. I og med at denne bestemmelsen kun gjelder bilder, vil disse skrankene ikke kunne ivareta hensynet til personvernet tilstrekkelig.

Denne usikkerheten er ikke heldig for barns personvern.

Det kan også stilles spørsmål ved om det er heldig at hovedreguleringen i all hovedsak er strafferettslig. I visse tilfeller kan det fort bli en betydelig tilleggsbelastning for barnet å måtte gå igjennom en strafferettslig prosess mot egne foreldre. I noen av tilfellene av personvernovertramp bør det ideelt sett være mulig å klage inn publiseringen til et organ som Datatilsynet. Barnekomiteen anbefalte Norge å gi Datatilsynet mandat til å forhindre foreldre og andre i å offentliggjøre informasjon om barn som strider mot deres rett til personvern og som ikke til deres beste. Jeg støtter komiteen i vurderingen av at det trengs et organ som kan behandle slike saker. Vurdering av om foreldres publisering strider mot personvernlovgivningen og barnets interesser krevet en bredere kompetanse enn den rent personvernrettslige. Ut i fra dette, og tilsynets rolle som ombud, er det er ikke nødvendigvis gitt at det er Datatilsynet som bør tillegges denne funksjonen. Uavhengig av hvordan det praktisk løses, bør det etter min mening komme en slik ordning.

8 Litteraturliste

Bøker og artikler

Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal (red.) *Straffeloven kommentarutgave tredje del. foreseer* Universitetsforlaget, Oslo, 1998

Backer, Inge Lorange *Barneloven kommentarutgave 2. utgave* Universitetsforlaget, Oslo, 2008

Bing, Jon *Ansvar for ytringer på nett –særlig om formidlerens ansvar* Universitetsforlaget, Oslo, 2008

Clemet, Kristin og Egeland, John O (red.) *Til forsvar for personvernet* Universitetsforlaget, Oslo, 2010

Frøberg, Thomas *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor I: Jussens Venner*. 2007, S.176-194 (lest på lovdata)

Galtung, Andreas *Fotografiloven med kommentarer* Tano, Oslo, 1991 (lest i scannet versjon på Nasjonalbibliotekets hjemmeside)

Hedlund, Mary-Ann (red.) *Barnerett –i et internasjonalt perspektiv* Fagbokforlaget, Bergen, 2008

Hodgkin, Rachel og Newell, Peter for UNICEF *Implementation handbook for the convention of the rights of the child* 3. utgave United Nations Children's fund, New York, 2007

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter* Oslo, Universitetsforlaget, Oslo, 2003

Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red.) *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge* Universitetsforlaget, Oslo, 2008

Johansen, Michal Wiik, Kaspersen, Knut-Brede og Skullerud, Åste Marie Bergseng *Personopplysningsloven Kommentarutgave* Universitetsforlaget, Oslo, 2001

Jongers, Maria *Retten til eget bilde: en redegjørelse, vurdering og sammenligning av den avbildedes rettsvern etter åndsverkloven § 45c, straffeloven § 390 og personopplysningsloven* Unipub skriftserienummer 5/2006 Oslo (2006) (lest på DUO)

Lundgaard, Hilde *Femåringene inntar nettet / Småbarna leker seg ut i cyberspace I* Aftenposten 3. april 2010 forsiden, side 6 og 7

Lødrup, Peter, Kluften, Eldbjørg, Linge, Trine og Gjøslien Vibeke *Vergemålsloven med kommentarer* Gyldendal Akademisk, Oslo, 2008

Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm (red.) *Straffeloven kommentarutgave Første Del. Alminnelige Bestemmelser* 2. utgave Universitetsforlaget, Oslo, 2003

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A *Personvern i informasjonssamfunnet –en innføring i vern av personopplysninger* Fagbokforlaget, Bergen, 2003

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A *Utrekning av behov for endringer i personopplysningsloven på oppdrag fra Justisdepartementet og Moderniseringsdepartementet* Justisdepartementet, Oslo, (2006) (lest elektronisk)

Smith, Lucy og Lødrup, Peter *Barn og Foreldre* 7. utgave Gyldendal, Oslo, 2006

Smith, Rhona K. M. *International Human Rights* 3. utgave Oxford university press, Oxford, 2007

Søvig, Karl Harald *Barnets rettigheter på barnets premisser –utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett En utredning gjort på bestilling fra Barne- og likestillingsdepartementet* (det juridiske fakultets skriftserie nr 115) Bergen, 2009 (også lest elektronisk)

Tokvam, Ole *Personvern og straffeansvar –Straffelovens § 390* Tano, Oslo, 1995

Gyldendals rettsdata

Lovkommentar til følgende lover:

Barneloven

Menneskerettighetsloven herunder EMK og BK (norsk tekst)

Personopplysningsloven

Vergemålsloven

Straffeloven

Åndsverksloven

Nettdokumenter

http://www.dubestemmer.no/no/Jeg_er_13-

[17_ar/Du_har_krav_pa_a_vare_i_fred/Litt_av_hvert/](http://www.dubestemmer.no/no/Jeg_er_13-17_ar/Du_har_krav_pa_a_vare_i_fred/Litt_av_hvert/) (sist lest 24. april 2010)

<http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2009/horingssval1/> (sist lest 24. april 2010)

<http://www.vg.no/teknologi/artikkel.php?artid=514701> (sist lest 24. april 2010)

http://datatilsynet.no/templates/article___883.aspx (Sist lest 23. april 2010)

http://datatilsynet.no/templates/article___892.aspx (sist lest 24. april 2010)

http://datatilsynet.no/templates/Page___3336.aspx (sist lest 24. april 2010)

<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.6951682> (sist lest 24. april 2010)

<http://www.medietilsynet.no/no/Trygg-bruk/Nyheter/Pressekonferanse-om-Trygg-bruk-rapport/> (Barn og digitale medier 2010) (sist lest 23. april 2010)

Rettspraksis og nemndpraksis

Høyesterett

Rt. 1915 side 32

Rt. 1958 side 1259

Rt. 1960 side 1147

Rt. 1977 side 749

Rt. 1980 side 48

Rt. 1995 side 305

Rt. 2007 side 687

Rt. 2008 side 489

Rt. 2008 side 1089

Rt. 2009 side 1412

HR-2010-390-A

Personvernemnda

PVN-2003-1

PVN-2005-3

PVN-2007-5

PVN-2009-16

EMD

Den belgiske språksaken 23. juli 1968

Handyside mot Storbritannia 1976 saksnummer 5493/72

Tyrer mot Storbritannia 1978 saksnummer 5856/72

Marckx mot Belgia 1979 saksnummer 6833/74

Airey mot Irland 1979 saksnummer 6289/73

X og Y mot Nederland 1985 saksnummer 8978/80

Christine Goodwin mot Storbritannia 2002 saksnummer 28957/95

von Hannover mot Tyskland 2004 saksnummer 59320/00

K.U. mot Finland 2008 2872/02

EF- domstolen

C-101/01 avsagt 6. november 2003

Forarbeider

NOU 2006: 10

NOU 2009: 1

Ot.prp.nr. 92 (1998-1999)

Ot.prp.nr. 29 (2002-2203)

Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)

Ot.prp.nr. 22 (2008-2009)

Lover, konvensjoner og direktiver

Norske lover

Lov av 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov

Lov av 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Lov av 22. mai 1981 nummer 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Lov av 17.juli 1992 nr.100 om barneverntjenester

Lov av 2. juli 1999 nr.63 om pasientrettigheter

Lov av 14. april 2000 nr. 41 om behandling av personopplysninger

Lov av 20. mai 2005 nummer 28 om straff (ikke i kraft)

Lov av 19 juni 2009 nr. 74 endringslov til straffeloven 2005

Lov av 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (ikke i kraft)

EF-direktiv

95/46/EF Om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger

Konvensjoner

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen 1950

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 1966

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 1966 første tilleggsprotokoll A/RES/763/17

FNs Barnekonvensjon 1989

Vedtak og uttalelser fra FN-organer

Vedtak fra FNs Menneskerettighetsråd A/HRC/11/L.3

Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar nr. 16 (1988)

Barnekomiteens generelle kommentar til artikkel 12 (2009)

Barnekomiteens sluttrapport til Norge i 2010 CRC/C/NOR/CO/4

Oversikt over reservasjoner til BK <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>
lenke nummer 11

